

José Martín Ostos
(Liber Amicorum)

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA Y EN AMÉRICA



DIRECTORAS

Pilar Martín Ríos

María Ángeles Pérez Marín

Profesoras Titulares de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Coordinadores

Enrique C. Pérez-Luño Robledo

María Luisa Domínguez Barragán

Profesores Doctores de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA Y EN AMÉRICA

José Martín Ostos
(Liber Amicorum)

ASTIGI
EDITORIAL

Sevilla • 2021

La publicación de esta obra ha sido sufragada con ayuda del Grupo de Investigación SEJ-308 “La Administración de Justicia en España y América”, de la Universidad de Sevilla, por lo que su distribución es gratuita.

Editorial Astigi
c/ Antioquía, 1. Bloque 5 – 9º B.
41007 – Sevilla (España).
Teléfono 954 25 42 46
info@editorialastigi.com
www.editorialastigi.com

Diseño de portada: Sara García
Maquetación editorial: Georgia Delena
www.maquetacionlibros.com

I.S.B.N.: 978-84-122971-5-7
Año de publicación: 2021

Todos los derechos reservados. No está permitida la impresión de parte alguna de este libro, ni tampoco su reproducción, ni utilización, en cualquier forma o por cualquier medio, bien sea electrónico, mecánico, químico o de otro tipo, tanto conocido como los que puedan inventarse, incluyendo la grabación, ni se permite su almacenamiento en un sistema de información y recuperación, sin el permiso anticipado y por escrito de Editorial Astigi.

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i>	13
<i>Palabras de despedida del Profesor Martín Ostos</i>	17
<i>Relación de autores</i>	23
<i>¿Expulsión o traslado de presos extranjeros de nacionalidad comunitaria? Una reflexión sobre las razones de la escasa aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad en España, por Juan Manuel Alonso Furelos</i>	27
<i>Mediación penal sí, pero no así. Argumentos críticos en relación a su actual regulación en el proceso penal español, por Cristina Alonso Salgado</i>	65
<i>Proceso penal del menor y cambios exigidos por la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de menores sospechosos o acusados en los procesos penales, por Coral Arangüena Fanego</i>	77
<i>Tratamiento de datos en la tramitación judicial, por María Jesús Ariza Colmenarejo</i>	93
<i>La tutela colectiva en la Administración de Justicia (análisis comparado y perspectivas de futuro en Europa), por Teresa Armenta Deu</i>	115
<i>Consideraciones actuales sobre la consignación en el recurso de suplicación, por Marta Artacho Martín-Lagos</i>	145
<i>La prueba ilícita y su triste destino, por José María Asencio Mellado</i>	175
<i>La conciliación como alternativa a la solución jurisdiccional al conflicto en el ámbito civil: trayectoria legislativa y nuevas perspectivas, por Juan Manuel Bermúdez Requena</i>	197
<i>La masacre en la UCA de El Salvador. Entre la justicia y la impunidad 30 años después, por Sidney Blanco</i>	219

<i>Hacia una Administración de Justicia Electrónica en Iberoamérica: propuestas a través del análisis de la experiencia española,</i> por Federico Bueno de Mata.....	247
<i>Proceso penal de menores y Derecho comparado: Novedades y desafíos,</i> por Lorenzo M. Bujosa Vadell.....	275
<i>Origen y evolución histórica de la jurisdicción de menores en Colombia,</i> por Lorena Elizabeth Cabrera Izquierdo	311
<i>Aspectos relevantes de la litigación civil en los acuerdos del proceso de paz en Colombia. Una visión comparada con España,</i> por Rafael Cabrera Mercado y Pedro Manuel Quesada López	325
<i>Peregrinaje de James Goldschmidt por las Universidades españolas acosado por el nazismo,</i> por Manuel Cachón Cadenas.....	345
<i>La oportunidad de erradicar el encarnizamiento procesal en la jurisdicción civil,</i> por Sonia Calaza López.....	375
<i>Contribuciones de la Administración de Justicia a la calidad normativa,</i> por Julia Carceller Stella.....	405
<i>Garantías constitucionales de la jurisdicción española,</i> por Ana María Chocrón Giráldez	413
<i>Instrumentos procesales para la protección de la víctima en el ámbito familiar,</i> por Gonzalo M. Cobo de la Torre.....	433
<i>El proceso penal y la verdad,</i> por Jorge A. Coussirat.....	455
<i>Las partes en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua,</i> por María Milagros Cuadra Chiong.....	487
<i>La intervención sobre menores de 14 años en conflicto social,</i> por Elisabet Cueto Santa Eugenia	511
<i>Un litigio de 1816 desde la visión procesal del siglo XXI: exposición y análisis de un pleito civil en la ciudad de Écija,</i> por María Luisa Domínguez Barragán.....	527
<i>El embargo y sus incidencias,</i> por Julio José Elías Baturones.....	551
<i>La cuestión de la eficacia de la denuncia penal interpuesta mediante firma electrónica,</i> por Lucana Estévez Mendoza.....	575

<i>¿Expulsión o traslado de presos extranjeros de nacionalidad comunitaria? Una reflexión sobre las razones de la escasa aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad en España</i> , por Patricia Faraldo Cabana y M. ^a Ángeles Catalina Benavente.....	589
<i>Proceso penal, principio acusatorio y sentencia en Centroamérica</i> , por María José Fernández-Fígares Morales.....	601
<i>De los juicios telemáticos y otras medidas procesales a propósito de “ser diligentes para mejor proveer el colapso de la administración de justicia”</i> , por Jackeline Flores Martín.....	631
<i>La entrega de la persona reclamada en caso de condena a la pena de muerte en el acuerdo de extradición entre Unión Europea y los Estados Unidos de América</i> , por Leticia Fontestad Portalés.....	641
<i>La anotación preventiva de embargo y los titulares de derechos reales anteriores no inscritos o inscritos con posterioridad a la anotación</i> , por Just Franco Arias	657
<i>Sobre los presupuestos de admisibilidad del recurso de amparo constitucional</i> , por José Garberí Llobregat.....	685
<i>Elección de los tribunales superiores e independencia judicial ad extra: un estudio comparado en América</i> , por María Dolores García Sánchez.....	697
<i>La reforma del proceso de modificación de la capacidad en España: su adecuación a la convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad</i> , por Regina Garcimartín Montero.....	719
<i>Algunas reflexiones sobre las atribuciones y competencias de la Fiscalía Europea</i> , por Francisco Salvador Gil García.....	731
<i>El principio de oportunidad y la mediación penal</i> , por Vicente Gimeno Sendra.....	747
<i>El uso del derecho comparado en el Derecho Procesal</i> , por Juan Luis Gómez Colomer	771
<i>Las costas y la tutela judicial</i> , por Elena Gómez de Liaño Diego.....	801

<i>Intervención en la mesa homenaje con motivo de la jubilación del Prof. José de los Santos Martín Ostos, en el I Congreso Internacional “La Administración de Justicia en España y en América”, el día 20 de septiembre de 2019, por Fernando Gómez de Liaño González.....</i>	809
<i>El procedimiento por aceptación de decreto, por Nicolás González-Cuéllar Serrano.....</i>	815
<i>Un examen crítico de los plazos en la investigación penal española en el marco de una perspectiva comparada, por Saúl González García</i>	829
<i>Ética e independencia judicial: breve consideración a propósito del código ético para la carrera judicial, por Piedad González Granda</i>	841
<i>Registros delictivos en el sistema penal juvenil: resabios de un derecho penal de autor, por Violeta González Valdez.....</i>	867
<i>Breves apuntes sobre el mecanismo de rectificación del laudo y las costas dentro del procedimiento arbitral (STSJ de Islas Baleares de 2/2019 de 20 febrero), por María Rosa Gutiérrez Sanz</i>	899
<i>Jurisdicción versus arbitraje: fundamento constitucional, por Isabel Hernández Gómez.....</i>	909
<i>Dificultades y denegaciones reiteradas en la ejecución de órdenes de detención europeas. Administrar justicia en el caso procés, por Alejandro Hernández López.....</i>	947
<i>La Ley 35/1995 frente a la violencia sexual, por Belén Hernández Moura.....</i>	961
<i>La ejecución no dineraria y la suspensión por vulnerabilidad social de los lanzamientos en el proceso civil, por Juan Luis Ibarra Sánchez.....</i>	973
<i>La responsabilidad penal del menor: un análisis comparado de España y Perú, por Sandra Jiménez Arroyo</i>	989
<i>La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de DH en México y su impacto en la Administración y Procuración de Justicia, por Elba Jiménez Solares y Luis Ernesto Orozco Torres.....</i>	1001
<i>La Administración de Justicia en la cooperación judicial europea, por Mar Jimeno Bulnes.....</i>	1019

<i>Los tribunales de tratamiento de drogas en iberoamérica: en especial, la experiencia chilena</i> , por M. ^a Pilar Ladrón Tabuena.....	1059
<i>Principio de proporcionalidad y tratamiento de datos personales en el proceso penal</i> , por María Elena Laro González.....	1075
<i>Génesis e involución de la regla de exclusión probatoria penal</i> , por Verónica López Yagües	1089
<i>Las víctimas necesitadas de especial protección en el estatuto de la víctima del delito: modificaciones introducidas en el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual</i> , por Ana Isabel Luaces Gutiérrez...	1131
<i>Justicia versus corrupción: la creación de la jurisdicción nacional anticorrupción en Honduras y la regulación de la responsabilidad penal corporativa en el nuevo código penal de 2019</i> , por Christa M. ^a Madrid Boquín.....	1155
<i>Una necesidad emergente en justicia: la figura del abogado del niño</i> , por Fernando Martín Diz.....	1171
<i>¿Es conveniente el enjuiciamiento conjunto de menores y mayores de edad involucrados en delitos conexos?</i> , por Pilar Martín Ríos.....	1195
<i>La mejora del nivel académico de la carrera de Derecho durante la Segunda República. Recurrentes propuestas hispalenses</i> , por Antonio Merchán Álvarez.....	1221
<i>Justicia Penal y Justicia Transicional: análisis del caso colombiano</i> , por Ricardo Molina López.....	1243
<i>Lenguaje jurídico: el derecho a comprender por legos y leguleyos</i> , por Lidón Montón García	1261
<i>Desigualdades masculinas: algunas reflexiones socio-legislativas</i> , por Mar Montón García.....	1283
<i>Implicaciones procesales del derecho a la protección de datos de carácter personal en el régimen jurídico relativo a la fiscalía europea</i> , por Juan Alejandro Montoro Sánchez	1293

<i>El plazo razonable en la investigación de los delitos. Una garantía de la presunción de inocencia</i> , por Víctor Moreno Catena	1307
<i>El “interés superior del menor” en la ejecución de la pena privativa de libertad de su cuidador/a principal</i> , por Carmen Navarro Villanueva	1349
<i>Seis conceptos en busca de un objetivo: jurisdicción, acción, proceso, derechos, pena y delito</i> , por Jordi Nieva Fenoll.....	1363
<i>A vueltas con el derecho a la ejecución y la tutela judicial efectiva</i> , por Virtudes Ochoa Monzó.....	1387
<i>Garantismo y presunción de inocencia en Europa</i> , por Francisco Ortego Pérez.....	1399
<i>Eficiencia de la justicia civil: evaluación y medios de mejora</i> , por Manuel Ortells Ramos.....	1417
<i>Comentario crítico de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de mayo de 2020, que ha revocado la paternidad de Julio Iglesias</i> , por Manuel Oteros Fernández	1463
<i>Letra y espíritu de las constituciones del colegio de la Asunción de Córdoba y del colegio San Bartolomé y Santiago de Granada (Ss. XVI-XVIII)</i> , por Manuel Peláez del Rosal.....	1477
<i>La prueba en el proceso de consumo: las facultades del juez y las normas de prueba como mecanismo de igualdad de las partes</i> , por Vicente Pérez Daudí.....	1499
<i>Deontología profesional para la abogacía</i> , por Antonio Enrique Pérez Luño	1523
<i>La tutela procesal de los datos personales en España e Iberoamérica</i> , por Enrique César Pérez-Luño Robledo	1545
<i>De nuevo sobre sobre las facultades de las partes en el proceso civil</i> , por M. ^a Ángeles Pérez Marín	1565
<i>La prueba ilícita: un concepto todavía por definir</i> , por Joan Picó i Junoy.....	1589
<i>La regla de exclusión probatoria y sus excepciones</i> , por María Paula Quiroga Corti.....	1607

<i>Revisitando a Sísifo en el Hades procesal</i> , por Francisco Ramos Méndez.....	1631
<i>La admisión de la solicitud de habeas corpus</i> , por Walter Reifarh Muñoz ..	1647
<i>Intervención en la mesa homenaje con motivo de la jubilación del prof. José de los Santos Martin Ostos, en el I Congreso Internacional "La justicia y la Administración de Justicia en España y en América", el día 20 de septiembre de 2019</i> , por Luis Revilla Pérez.....	1669
<i>Los Pacheco: ilustres juristas del siglo diecinueve</i> , por Consuelo Ríos Molina	1673
<i>La administración pública ante la jurisdicción civil. Del peregrinaje jurisdiccional a la acción directa</i> , por José María Roca Martínez	1691
<i>Novedades normativas en el cumplimiento del deber de información en el tratamiento de datos personales</i> , por Juan Francisco Rodríguez Ayuso	1711
<i>Espacios de consenso vs espacios de conflicto en el enjuiciamiento penal de la corrupción</i> , por Nicolás Rodríguez García	1723
<i>La Corte Internacional de Justicia</i> , por Alba Rosell Corbelle	1745
<i>La negociación y la mediación como nuevos ámbitos de los estudios procesales</i> , por Jesús Sáez González	1769
<i>El Consejo General del Poder Judicial y la selección y formación de jueces y magistrados</i> , por M. ^a Inmaculada Sánchez Barrios.....	1785
<i>El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico y su inapropiada extensión a supuestos de carácter asistencial o residencial</i> , por Ana Sánchez Rubio	1807
<i>Reflexiones sobre los derechos procesales del menor encausado en el contexto jurídico actual (la incidencia de la Directiva (UE) 2016/800 en el modelo español de justicia de menores)</i> , por Ágata M. ^a Sanz Hermida	1825
<i>Menores de edad juzgados en ausencia en el proceso penal: abordaje por la normativa de la Unión Europea y la legislación española</i> , por Mercedes Serrano Masip	1843
<i>Técnicas policiales utilizadas en la cibervigilancia</i> , por Manuel J. Távora Serra	1853

<i>Acerca de la conciliación como apuesta eficaz en la resolución de conflictos en el proceso contencioso administrativo</i> , por Almudena Valiño Ces.....	1869
<i>Conexión penal y tribunal del jurado</i> , por David Vallespín Pérez	1883
<i>Evolución de la justicia penal juvenil en Estados Unidos: ¿Hacia un modelo respetuoso de los derechos humanos de los niños?</i> , por Carlos Vázquez González	1903
<i>El Derecho Procesal: de gran ciencia jurídica a la banalidad</i> , por José Luis Vázquez Sotelo.....	1931
<i>Los juicios de desahucio en la LEC de 1881 (1881-2000)</i> , por Antonio José Vélez Toro	1957
<i>El ciberagente en la lucha de la pornografía infantil</i> , por Rocío Zafra Espinosa de los Monteros	1973

PRESENTACIÓN

Escribimos estas líneas en un escenario inaudito debido al aislamiento impuesto por la pandemia que hoy amenaza a buena parte del mundo, afectando también al devenir editorial de esta obra, que probablemente se publicará más tarde de lo que nos habría gustado. Vistas las circunstancias, convendrán con nosotras en que este es un problema menor.

El libro que presentamos fue concebido como un sentido y merecido homenaje al Profesor José Martín Ostos, al que se han sumado numerosos compañeros de distintas universidades españolas e iberoamericanas en clara expresión de lo que, para todos sus discípulos, era ya una evidencia: que nuestro maestro ha dejado una huella, más allá de en la disciplina, en los corazones de cuantos le han conocido. Inmerso él ya en su particular *beatus ille*, aprovechamos la ocasión que se nos brinda para expresarle, sin temor a réplica –y con consciente desconsideración del principio de contradicción–, nuestra gratitud por largos años de magisterio. Su generosidad y su impagable ejemplo universitario permanecerán siempre entre nosotros.

Pese a las dificultades, ha sido un verdadero honor acometer esta tarea. En la ardua labor de coordinación de la obra hemos contado, además, con la inestimable ayuda de muchos otros condiscípulos, a los que queremos agradecer, desde estas páginas, su implicación y entrega.

Cuando comenzó a acercarse el momento de su jubilación administrativa, el Profesor Martín Ostos se encargó de manifestar, en muchas ocasiones, que no deseaba que se organizara acto alguno de celebración. Tal vez, secretamente, intuía nuestras intenciones...

Es probable que lo extraordinariamente complicado que fue su último año en activo tuviera mucho que ver con su decisión. Pero, también, fue el impulso que necesitábamos para aventurarnos a emprender, aun en contra de su criterio, este proyecto. Esperábamos que, superado el inicial desconcierto, supiera

perdonarnos que nos atreviéramos (aunque fuera en esta única ocasión) a hacer justamente lo contrario de lo que nos había pedido.

Sabíamos, además, que era firme su intención de no acogerse a ninguna de las figuras que le habrían permitido continuar vinculado a la Universidad de Sevilla, y que –como siempre mantenía–, cuando se fuera, lo haría de modo irrevocable. Comprenderán que en ningún caso íbamos a permitir que fuesen recuerdos amargos los que acompañaran sus últimos pasos en la vida académica activa.

Una vez que tuvimos la decisión tomada, solo faltaba darle forma. Pensamos, entonces, que sería oportuno organizar un encuentro bajo el nombre del grupo de investigación que él ha dirigido durante más de veinte años. Nuestro deseo de que se convirtiera en un punto de feliz reencuentro con tantos queridos compañeros se vio ampliamente satisfecho. No olvidaremos tantas emociones condensadas en apenas dos días.

Con el mismo título del Congreso que se celebró en septiembre de 2019, presentamos ahora esta obra bajo el sello de una editorial estrechamente vinculada al homenajeado. En los volúmenes resultantes se aglutinan numerosas contribuciones remitidas desde distintas universidades españolas e –no podía ser de otro modo, habida cuenta del lugar preferente que América Latina ha tenido en sus ocupaciones y preocupaciones– iberoamericanas. Tanto en esta obra, como en el libro electrónico en el que (con motivo del elevado número de aportaciones) se han recogido las comunicaciones presentadas al Congreso, hay estudios procedentes, además de nuestro país, de Argentina, Chile, Colombia, El Salvador, México, Nicaragua y Paraguay.

Es un imperativo moral que aprovechemos esta breve presentación para hacer llegar nuestra más profunda gratitud a los queridos compañeros que participaron tanto en el encuentro celebrado en Sevilla como en este libro. También a aquellos que, por circunstancias varias, no han podido sumarse al mismo pero sí lo han hecho –de diferentes maneras– al homenaje a nuestro maestro. Nos faltan palabras para agradecer la incondicional disposición que encontramos, desde el primer momento, en todos ellos. Sin duda, *nihil fit casu...*

Hoy, los discípulos del Profesor Martín Ostos estamos dichosos de que este proyecto vea, por fin, la luz. Pese a ello, hemos de reconocer que, por lo que

significa, despierta en nosotros sentimientos encontrados. Resulta difícil no verle por la Facultad. Todavía nos sentimos tentados de ir a buscarle para contarle nuestras cuitas (académicas, o no). No nos habituamos a que el que era su despacho ya no lo sea, ni a no oírle saludar al llegar por las mañanas. En innumerables ocasiones, durante este primer año sin él hemos evocado días inolvidables: congresos, viajes, oposiciones... Sin embargo, es tal vez lo cotidiano lo que más honda impronta ha dejado en nuestra memoria: cómo olvidar aquellas jornadas que se desarrollaban en el "camarote de los hermanos Marx" que, a diario, era su despacho... Pese a lo reducido del espacio, nadie quería quedarse al margen de lo que allí sucedía: risas, las más de las veces; llantos, las menos. Fuertes vínculos se han creado entre nosotros como fruto de esos encuentros.

Realmente, son tantos y tantos recuerdos que no podríamos, ni siquiera, esbozarlos todos en estas páginas. Por fortuna, hay lazos que no pueden cortarse, y el que nos une a él es de esa naturaleza. Podrá jubilarse de la vida académica activa, qué duda cabe, pero quienes lo conocemos sabemos que jamás dejará de ser nuestro maestro. De esa condición, sintiéndolo mucho, y con toda la rebeldía y el convencimiento que somos capaces de expresar, no vamos a permitirle que se despoje.

En Sevilla y en Cádiz,
durante la primavera del confinamiento, año 2020.

Pilar Martín Ríos y M.^a Ángeles Pérez Marín

PALABRAS DE DESPEDIDA

En un momento como éste, la vida universitaria de cada persona pasa con vertiginosa rapidez. No resultaría correcto, abusando de la amabilidad de los presentes, referirme a las numerosas experiencias vividas a lo largo de más de cincuenta años, desde que entré en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. La mayor parte de mis profesores ha desaparecido y basta con contemplar la orla de la promoción de compañeros de curso para comprobar que también se han producido bajas. Todo ha cambiado.

Si a las propias vivencias en la Hispalense, se añaden las acaecidas en las Universidades de Cádiz, Extremadura e Internacional de Andalucía, más las actividades y estancias en otros centros extranjeros, aumenta la dificultad de síntesis. Por ello, pienso que lo que debo hacer en estos momentos es aludir someramente a los tres valores a los que he procurado servir durante mi actividad profesional: el bien, la verdad y la belleza.

A) Docencia

Es en el aula y en el seminario donde pienso que debe practicarse el primero de ellos. Como profesor, ha de intentarse desempeñar esa función con entrega a los demás y con la debida imparcialidad científica, intentando transmitir los conocimientos de la mejor manera posible.

A lo largo del recorrido por distintas universidades en las que he desempeñado trabajo como docente de modo permanente, o temporalmente participando en diferentes actividades, he conocido a numerosos profesores, algunos de una extraordinaria calidad humana y preparación técnica. Resulta obvia la imposibilidad de mencionar a todos ellos.

Me limitaré, pues, con el riesgo de involuntarias omisiones, a la cita de los españoles dedicados al estudio del Derecho procesal que, lamentablemente, ya no se encuentran entre nosotros. Profesores de los que tanto he aprendido y

de los que siempre recibí su ejemplo, junto con un exquisito trato, propio de verdaderos maestros (en muchos casos, de profunda amistad; en alguno, entrañablemente fraternal). En primer lugar, recuerdo al para mí inolvidable Profesor Gutiérrez-Alviz y Armario, al que tanto debo y del que tanto aprendí. También, debo citar a los Profesores: Almagro Nosete, Artacho Castellanos, Calvo Sánchez, Carreras Llansana, De Miguel Alonso, Duque Barragués, Fairén Guillén, Fenech Navarro, Font Serra, García Casas, Gómez Orbaneja, Guasp Delgado, Gutiérrez de Cabiedes, Herce Quemada, Martín de la Leona, Montón Redondo, Muñoz Rojas, Pedraz Penalva, Pérez Gordo, Prieto-Castro Ferrándiz, Reverón Palenzuela, Serra Domínguez, Tomé Paule y Ugalde González. Como ven, la lista se hace bastante larga. Todos ellos, en una u otra medida, han estado presentes en mi vida universitaria y lo siguen en mi memoria.

Lógicamente, resultaría muy extensa la relación de procesalistas, españoles o no, todavía en activo o apartados de la docencia por una torpe normativa que desaprovecha sus acreditados conocimientos.

B) Obra investigadora

En la búsqueda de la verdad, obligación de toda persona que se dedica a la investigación, entre otros temas que he abordado en mis trabajos, es notorio que soy defensor de la prueba de oficio en el proceso, de la independencia del Ministerio Fiscal en nuestra Administración de Justicia, del escabinado frente al tradicional modelo de jurado, o de la incardinación del fedatario judicial en el seno del Poder Judicial, sobre cuyo órgano de gobierno adopto posiciones discrepantes con gran parte de la doctrina.

Pero, sin duda, la aportación de la que me siento más satisfecho es la de haber colaborado en cierta manera al estudio y desarrollo de la jurisdicción penal de menores. Sobre ella, a la que se dedicaba escasa atención científica cuando comencé mi carrera, he dirigido diversos trabajos de tesis doctorales y he organizado o participado en numerosos cursos y congresos en muchos países. Más de dos docenas de artículos y trabajos específicos sobre esa materia, además de varias obras monográficas. Dentro de dicha línea de investigación, destacaré la fundación en el año 2000 del Anuario de Justicia de Menores, la única publicación periódica conocida en lengua española sobre esa manifestación jurisdiccional. Si hoy estuviera aquí presente (aunque para algunos de nosotros lo está)

quien hace muchos años me transmitió su devoción por esta especialidad de justicia tan humana, creo que se mostraría satisfecho.

C) Actividad institucional

El tercer valor, la belleza, se manifiesta también en la justicia, en la armonía, en el buen hacer. A lo largo de un extenso período de tiempo, he vivido numerosos acontecimientos académicos, debidos generalmente a los diversos cargos desempeñados; no se ha tratado de una vida sosegada.

Pero, nunca me había encontrado con una situación como la que ha ocupado los últimos meses de mi vida en esta universidad y ante la que decididamente he tenido que anteponer la lealtad a las propias convicciones, con motivo de la designación de los miembros de una Comisión para un concurso de acceso a la Función Pública. Siempre llevaré en el corazón la adhesión de Catedráticos y Profesores Titulares de Derecho Procesal (muchos aquí presentes) de prácticamente todas las universidades españolas. Por su respuesta inmediata, recuerdo la solidaridad de los Profesores Ramos Méndez, Gimeno Sendra y Moreno Catena.

Ahora, a pocos días de la jubilación forzosa y con la consumación de los hechos denunciados en reiterados escritos dirigidos a la autoridad académica, me ratifico en mis argumentos que, en síntesis, literalmente, decían lo siguiente:

“En nuestro Estado de Derecho, para ingresar como funcionario en la Administración Pública hay que superar unas pruebas objetivas ante un tribunal constituido por personas cualificadas e imparciales; entre otros requisitos, éstas han de gozar de la debida preparación en la materia. Lo afirmado también es aplicable en el acceso a la carrera académica.

Como principio general, los miembros de un tribunal encargado de juzgar los ejercicios realizados por unos opositores deben tener unos reconocidos conocimientos en la disciplina de que se trate... Incluso, dentro de la misma titulación académica, la especialización científica ha alcanzado tales cotas que se hace necesario que quien forme parte de un tribunal para una determinada plaza tenga sobrados méritos y competencias dentro de ese ámbito, es decir, sea un acreditado experto”.

Además, se añadía: "Otro requisito indiscutible es la separación o distancia exigida entre los miembros de un tribunal y los opositores. Al respecto, la legislación administrativa establece unos rigurosos supuestos de debida abstención y su correlato de posible recusación. De este modo, se protege la debida imparcialidad y objetividad tanto en la composición del citado órgano como en la actuación de cada uno de sus componentes. En el marco jurídico actual de la Función Pública, resulta inadmisibile que sea el propio opositor quien proponga a todos o a parte de los miembros del tribunal que ha de juzgarlo. De producirse ese supuesto, podríamos sospechar de la existencia de un contubernio que actuara de forma parcial e interesada apoyando a un candidato concreto, en detrimento de los restantes opositores".

Hoy continúo pensando igual. El supuesto denunciado reviste suma gravedad y corre el riesgo de repetirse en función del capricho de las autoridades que detentan el poder en cada momento, con la posible difusión de este fenómeno por otras universidades. Es una manera de agradecer el apoyo incondicional de los gobernados, convirtiendo la academia en un centro de intereses personales, desviándola de su objetivo de servir a los valores arriba citados. De este modo, se sustituye la especialización y la objetividad por el amiguismo y la corruptela.

Recientemente, otro procesalista, el Profesor Nieva Fenoll, de la Universidad de Barcelona, ha criticado también en la prensa el vigente sistema de selección del profesorado universitario, incidiendo especialmente en los modos de actuación de la desacreditada ANECA.

Si la actual universidad española adolece de defectos, uno de ellos –no insignificante– es el sistema establecido para el ingreso y promoción dentro de la carrera académica. Es difícil encontrar la justicia y el sentido común en unos procedimientos que permiten el partidismo y el sectarismo, cuando no descaradamente la corrupción.

D) Agradecimientos

Y voy terminando. Quiero manifestar público agradecimiento a los miembros de mi familia, cuya unidad y fortaleza me ha permitido una dedicación constante al trabajo, incluso con estancias –a veces, demasiado largas– en otros países; es-

pero compensarles ahora que paso a una situación administrativa teóricamente más tranquila (aunque bien saben que no me resignaré a la inactividad).

Igualmente, deseo expresar gratitud a los miembros de ésta y de las anteriores mesas del Primer Congreso Internacional sobre la Administración de Justicia en España y en América, por su presencia (algunos trasladados desde otras naciones iberoamericanas) y por sus cariñosas palabras hacia mi persona.

En este capítulo, me permito destacar a las Profesoras María del Pilar Martín Ríos y María Ángeles Pérez Marín (la primera, directora del Departamento de Derecho Procesal; la segunda, directora del Grupo de Investigación "La Administración de Justicia en España y en América"), sin cuyo esfuerzo este congreso no hubiera podido celebrarse. Para ello han contado con la valiosa colaboración de los Profesores Enrique Pérez-Luño y Jackeline Flores, así como de la doctora María Luisa Domínguez Barragán y de la eficaz gestora del Departamento, Isabel Rodas Torres.

Tampoco puedo olvidar a los organismos que lo han hecho posible, a los asistentes a las sesiones del mismo y a quienes se han desplazado expresamente para este acto, personas todas ellas muy especiales para mí.

Muchas gracias por su atención.

Sevilla, a veinte de septiembre de dos mil diecinueve.

José de los S. Martín Ostos
Catedrático de Derecho Procesal
(Universidad de Sevilla)

RELACIÓN DE AUTORES

ALONSO FURELOS, Juan Manuel
ALONSO SALGADO, Cristina
ARANGÜENA FANEGO, Coral
ARIZA COLMENAREJO, María Jesús
ARMENTA DEU, Teresa
ARTACHO MARTÍN-LAGOS, Marta
ASENCIO MELLADO, José María
BERMÚDEZ REQUENA, Juan Manuel
BLANCO, Sidney
BUENO DE MATA, Federico
BUJOSA VADELL, Lorenzo M.
CABRERA IZQUIERDO, Lorena Elizabeth
CABRERA MERCADO, Rafael
CACHÓN CADENAS, Manuel
CALAZA LÓPEZ, Sonia
CARCELLER STELLA, Julia
CATALINA BENAVENTE, M.^a Ángeles
CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María
COBO DE LA TORRE, Gonzalo M.
COUSSIRAT, Jorge A.
CUADRA CHIONG, María Milagros
CUETO SANTA EUGENIA, Elisabet
DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, María Luisa
ELÍAS BATURONES, Julio José
ESTÉVEZ MENDOZA, Lucana
FARALDO CABANA, Patricia
FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, María José
FLORES MARTÍN, Jackeline
FONTESTAD PORTALÉS, Leticia
FRANCO ARIAS, Just
GARBERÍ LLOBREGAT, José

GARCÍA SÁNCHEZ, María Dolores
GARCIMARTÍN MONTERO, Regina
GIL GARCÍA, Francisco Salvador
GIMENO SENDRA, Vicente
GÓMEZ COLOMER, Juan Luis
GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Elena
GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando
GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás
GONZÁLEZ GARCÍA, Saúl
GONZÁLEZ GRANDA, Piedad
GONZÁLEZ VALDEZ, Violeta
GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa
HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel
HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro
HERNÁNDEZ MOURA, Belén
IBARRA SÁNCHEZ, Juan Luis
JIMÉNEZ ARROYO, Sandra
JIMÉNEZ SOLARES, Elba
JIMENO BULNES, Mar
LADRÓN TABUENCA, M.^a Pilar
LARO GONZÁLEZ, María Elena
LÓPEZ YAGÜES, Verónica
LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel
MADRID BOQUÍN, Christa M.^a
MARTÍN DIZ, Fernando
MARTÍN RÍOS, Pilar
MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio
MOLINA LÓPEZ, Ricardo
MONTÓN GARCÍA, Lidón
MONTÓN GARCÍA, Mar
MONTORO SÁNCHEZ, Juan Alejandro
MORENO CATENA, Víctor
NAVARRO VILLANUEVA, Carmen
NIEVA FENOLL, Jordi
OCHOA MONZÓ, Virtudes
OROZCO TORRES, Luis Ernesto
ORTEGO PÉREZ, Francisco

ORTELLS RAMOS, Manuel
OTEROS FERNÁNDEZ, Manuel
PELÁEZ DEL ROSAL, Manuel
PÉREZ DAUDÍ, Vicente
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique
PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César
PÉREZ MARÍN, M.^a Ángeles
PICÓ I JUNOY, Joan
QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel
QUIROGA CORTI, María Paula
RAMOS MÉNDEZ, Francisco
REIFARTH MUÑOZ, Walter
REVILLA PÉREZ, Luis
RÍOS MOLINA, Consuelo
ROCA MARTÍNEZ, José María
RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco
RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás
ROSELL CORBELLE, Alba
SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús
SÁNCHEZ BARRIOS, M.^a Inmaculada
SÁNCHEZ RUBIO, Ana
SANZ HERMIDA, Ágata M.^a
SERRANO MASIP, Mercedes
TÁVORA SERRA, Manuel J.
VALIÑO CES, Almudena
VALLESPÍN PÉREZ, David
VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos
VÁZQUEZ SOTELO, José Luis
VÉLEZ TORO, Antonio José
ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío

¿EXPULSIÓN O TRASLADO DE PRESOS EXTRANJEROS DE NACIONALIDAD COMUNITARIA? UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS RAZONES DE LA ESCASA APLICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES POR LAS QUE SE IMPONE UNA PENA O MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN ESPAÑA

Juan Manuel Alonso Furelos
Profesor Titular de Derecho Procesal
(Universidad Nacional de Educación a Distancia)

Sumario: I. BREVE INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN LEGAL ACTUAL. DIFERENCIA ENTRE LA REGULACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PENAL Y LA DE COSA JUZGADA PENAL. PROCEDENCIA, CONVENIENCIA Y UTILIDAD DE SU REGULACIÓN. II. DIFERENCIA ENTRE LA LITISPENDENCIA PENAL Y LA CIVIL RESPECTO AL MOMENTO DE PRODUCCIÓN DE SUS EFECTOS. III. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA LITISPENDENCIA PENAL Y POR TANTO DESDE CUANDO PUEDE CONOCERSE LA EXISTENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PENAL. MODOS DE EVITARLA: LA COMPETENCIA INDISPONIBLE Y SU CONTROL EN EL REPARTO. SUPUESTOS POSIBLES. En el sumario. A) Diferencia entre delitos sujetos a procedibilidad privada y los demás. B) Final del sumario. C) Fase intermedia o de preparación del juicio oral. D) Juicio oral. E) Al impugnar la sentencia. IV. MOMENTO EN QUE SE DEBERÍA PROPONER ESTA EXCEPCIÓN. A) Fase preparatoria del juicio oral. B) Fase del juicio oral: a) Antes de abiertas las sesiones. b) Durante las sesiones. c) En sucesivas instancias. V. REQUISITOS. A) Identidad pasiva subjetiva y jurídica; B) Identidad objetiva: fáctica del hecho histórico. Fáctica y jurídica del hecho histórico. VI. EFECTOS DE SU PROPOSICIÓN: NACE UN INCIDENTE PARA SU DETERMINACIÓN. VII. EFECTOS DE SU ESTIMACIÓN. A) Acumulativo; B) Excluyente; C) Prejudicial; D) Impugnación. VIII. EFECTOS DE SU INADMISIÓN. IX. PROPUESTA DE REGULACIÓN. X. CONCLUSIONES.

I. BREVE INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN LEGAL ACTUAL. DIFERENCIA ENTRE LA REGULACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PENAL Y LA DE COSA JUZGADA PENAL. PROCEDENCIA, CONVENIENCIA Y UTILIDAD DE SU REGULACIÓN

El objeto de esta colaboración está referido al momento inicial de la litispendencia penal, al momento en que se van produciendo sus efectos sobre el proceso penal y al planteamiento de la consabida excepción de litispendencia penal en el ulterior proceso penal, caso de iniciarse y existir en ambos procesos penales identidad subjetiva en la parte pasiva e identidad objetiva de los hechos en que se funda. Queda fuera de este trabajo toda referencia a la litispendencia de la acción civil resarcitoria, caso de acumularse a la acción penal o cuando por el contrario ésta se reservase para su ulterior ejercicio en un proceso civil (en principio operaría esta litispendencia civil o esta excepción de litispendencia civil como en todo proceso civil, de ejercitarse en éste).

Como sabemos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, (en adelante con la abreviatura LECRIM), en su Libro III (del juicio oral), Título II (de los artículos de previo pronunciamiento, arts. 666 a 680), y en especial en el art. 666-2 se regulan como cuestiones previas al juicio oral, o en palabras literales de la LECRIM como artículos de previo pronunciamiento, cuestiones (previas), o excepciones, entre ellas, la cosa juzgada (se entiende la penal –al no concretarse así de forma específica–). Junto, pues, a las demás del art. 666 que son o están tasadas expresamente, por la norma. Obsérvese que no aparece en este precepto legal, ni en los que siguen, la excepción de litispendencia penal por lo que con una interpretación literal está desterrada su posible proposición en este momento.

Si ello es así de lege data, de lege ferenda adelanto mi posición en este trabajo de que la excepción de litispendencia penal se añada, en el art. 666-2 LECRIM, a la cosa juzgada.

Podríamos afirmar, en principio, que la excepción de litispendencia penal no se regula en la LECRIM. Pero esta afirmación es discutible según la interpretación que se dé a su art. 114 (Libro I, Título IV “de las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas” –dice faltas pese a la reforma 2015–) que establece:

“Promovido juicio criminal en averiguación de un delito (o falta), no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito (o falta –hoy suprimidas–; el texto entre paréntesis es nuestro).

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II, Título I de este Libro, respecto a las cuestiones prejudiciales”.

Caben en principio, dos interpretaciones diversas, divergentes y además antagónicas:

a) La expresión de la LECRIM “No podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho” se refiere a pleito penal sobre ese mismo hecho penal (por tanto, identidad objetiva) y por supuesto entre (contra) las mismas partes pasivas (autores, cómplices... –es decir identidad subjetiva–). Y se refiere al efecto negativo o non bis in idem, aunque no se produzca en su integridad, es decir, de momento sólo cabe la suspensión del segundo proceso (penal) hasta que el primero finalice con sentencia firme, por tanto, no a su exclusión hasta que se dicte aquella. La excepción de litispendencia penal, estimada, tendría ese efecto suspensivo automático, aunque el excluyente sólo se produciría tras la firmeza de la primera sentencia penal. (Interpretación amplia y cubre la laguna del art. 666 LECRIM).

b) Se refiere, el art. 114 LECRIM, cuando afirma “no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho” a que no podrá seguirse por ese mismo hecho un pleito civil después de iniciado el proceso penal. Si ya estaba iniciado el civil, antes del penal, se suspende el civil de no acumularse, a la acción penal, su objeto. En este sentido el art. 114 LECRIM debería ponerse en relación con los arts. 110 a 117 LECRIM.

Me parece más lógica esta segunda interpretación. Respeta, en mayor medida, con sus palabras, el sentido literal, sistemático y finalista (art. 3 CC). Pero la primera interpretación, repito de nuevo, es también admisible si se desliga el art. 114 de los arts. 110 a 117 LECRIM al referirse a la excepción de litispendencia penal, sea con el efecto suspensivo inicial y posteriormente con el excluyente.

Podría reforzarse si la doctrina legal del TS la acogiese. Y se pusiera en relación el art. 114, con el art. 666-2 de incluirse, en este último, la excepción de litispendencia penal con la de cosa juzgada existente.

Si optamos por la segunda interpretación, más lógica, estamos abordando el estudio de una laguna legal pues, el art. 114 LECRIM no se referiría a la excepción de litispendencia. Parece procedente y conveniente cubrir esta laguna legal para saber si es admisible o inadmisiblesu proposición antes de las sesiones del juicio oral o durante el mismo e incluso después. Pues, la plenitud del ordenamiento jurídico procesal no parece cubrirla. Y qué efectos produce, pues, nos guste o no, la excepción de litispendencia penal si existe es un óbice procesal al segundo proceso penal iniciado; y si no existe es un presupuesto procesal del mismo. En este sentido un óbice apreciable de oficio desde que se conoce por el órgano jurisdiccional y denunciado por cualquiera de las partes penales actoras o pasivas, también desde que se conoce.

De lege ferenda, esta laguna legal, parece que hace inadmisibles la proposición de la excepción de litispendencia antes de las sesiones del juicio oral por el carácter taxativo del art. 666. Sin embargo, sería posible plantearla, pese a esa laguna legal, por el órgano jurisdiccional de oficio o cualquiera de las partes actoras o pasivas abiertas las sesiones para evitar la incontinencia de la causa (la identidad subjetiva y objetiva presupone la excepción de litispendencia penal), o futuras sentencias penales contradictorias.

O al impugnar la sentencia (aduciendo su nulidad, por ser un óbice procesal que nace del incumplimiento de un presupuesto procesal) y también para evitar los efectos de la segunda sentencia penal impugnada. No siendo firmes las sentencias, contradictorias o no, cuanto antes, excluir los efectos de la sentencia del segundo proceso iniciado y que permanezcan solo los establecidos en la sentencia del primer proceso penal iniciado. (La firmeza de una sentencia, siempre que sea la del primer proceso iniciado, excluye la excepción de litispendencia y supone la excepción de cosa juzgada).

Los distintos procesos penales en curso (con identidad subjetiva pasiva y objetiva) pueden estar en estadios procesales iguales o diferentes, es decir en la misma o diferente fase de la primera instancia así comienzo o final del sumario, preparación del juicio oral, juicio oral; e incluso, en instancias diferentes

así primera y segunda instancia); es posible que el primer proceso iniciado en diferente juzgado, sea el más atrasado, si está sobrecargado de trabajo; que se ventilen en el mismo o diferente juzgado respetándose la competencia territorial penal imperativa si no se hace el debido control al repartirlos, y así conocer de ellos el juzgado instructor del mismo número o de número diferente). O estar en juzgados diferentes si no se respetó la competencia imperativa (objetiva, territorial o por conexión).

El efecto suspensivo o excluyente del segundo proceso debe serlo atendiendo al momento de su inicio (litispendencia) y en favor del más antiguo o el primer iniciado que se mantiene. No rige el criterio del proceso más avanzado de trámite en ese momento.

Parece procedente y conveniente su regulación por lo expuesto: cubrir una laguna legal. Y útil pues si se opta por su admisibilidad en uno u otro momento (abierto el juicio oral antes de las sesiones, o en éstas), parece que los arts. 666 y ss. actuales y vigentes no dan respuesta en su totalidad a dicha excepción de admitirse expresamente su proposición como previa al juicio (aun incluida en el art. 666-2), pues no puede equipararse en su integridad por su carácter y efectos a los de cosa juzgada penal, (art. 676-2 LECRIM) y por ende no cabría acudir por analogía a la regulación de esta para todos sus efectos.

Si se opta por la interpretación primera del art. 114 LECRIM los párrafos antecedentes son reproducibles, pues aún sin ser una laguna total es como si lo fuera y su efecto suspensivo, sin más, no resuelve las demás cuestiones.

II. DIFERENCIA ENTRE LA LITISPENDENCIA PENAL Y LA CIVIL RESPECTO AL MOMENTO DE PRODUCCIÓN DE SUS EFECTOS

El concepto de litispendencia es igual en todo proceso, pero no así el momento de la producción de sus efectos, ni las consecuencias de tales efectos. Quiero adelantar que la litispendencia y sus efectos en el proceso civil parecen claros en la regulación de la vigente LEC, arts. 410 a 413, aplicables por analogía –salvo alguna especificación– al proceso laboral. No así al proceso contencioso administrativo, ni al penal.

En el proceso penal, la regulación de la litispendencia y sus efectos es asistemática, fragmentaria, y lagunosa. Ello es debido a que sus efectos no se producen a la vez como en el proceso civil. Y además porque algunos de sus efectos que son relevantes en el proceso civil son irrelevantes o secundarios en el penal. Así sucede con las partes actoras, la "causa petendi", la calificación jurídica y "el petitum", al menos para concretar y delimitar la excepción de litispendencia penal y la de cosa juzgada penal.

No olvidemos que en el proceso penal las partes actoras (acusador privado, particular, popular, público o MF) no son titulares del "ius puniendi" si no el Estado; y por esto carecen de legitimación material (solo son partes formales, si se constituyen como tales y en forma (querrela, abogado, procurador) a diferencia con la parte pasiva que lo es formal y materialmente en lo que respecta al ejercicio constitucional de su derecho de defensa; y a soportar el "ius puniendi" si es condenada, o a desligarse de él si es absuelta.

Ello tiene importantes consecuencias en el proceso penal, donde a diferencia con el proceso civil la causa petendi, la calificación jurídica y el petitum o pena pedida no suelen ser elementos esenciales en la determinación de la litispendencia y cosa juzgada penal, ni en la determinación de sus respectivas excepciones penales de litispendencia y cosa juzgada. Abordemos pues la cuestión, con las menos palabras posibles dada la limitación de espacio exigida por el Congreso a este trabajo.

a) Litispendencia procede de dos palabras del Derecho Romano. Litis, equivale a proceso, litigio, juicio, causa. Utilizaremos desde ahora el vocablo técnico de proceso. Pendencia quiere decir (proceso) iniciado y no terminado o no finalizado, por ello pendiente. Proceso pendiente o iniciado y lo es desde el momento mismo de su inicio; y que no está finalizado, concluido o terminado por sentencia firme o resolución equivalente como el auto de sobreseimiento libre. Queda fuera, el proceso no iniciado todavía y el finalizado.

La cosa juzgada formal, y en su caso la cosa juzgada ejecutada, supone el cierre o el fin a toda actuación procesal posterior, en el proceso en que se origina. La cosa juzgada material refuerza a las anteriores impidiendo que en un proceso iniciado con posterioridad se revise la cosa juzgada formal o la ejecutada del primero. (Non bis in idem). Salvo que se trate de un nuevo proceso para impugnar

la cosa juzgada producida en otro, donde las actuaciones procesales se realizan en el nuevo, no en el concluido, hasta declararse o no su nulidad y de ser así se determinará que actuaciones de aquél deben o no reproducirse.

Todo proceso civil, penal, laboral, contencioso, constitucional... una vez iniciado y no finalizado (por sentencia firme), esté en primera o en sucesivas instancias está pendiente hasta la sentencia o resolución equivalente de fondo, que produce su firmeza o efecto de cosa juzgada formal que lo pone fin o término. Y está protegido externamente, a esos efectos (para evitar la modificación de su resolución firme y sus efectos), por la excepción de cosa juzgada a plantear en el proceso nuevo o ulterior, para evitar que se modifique la primera sentencia o resolución firme y sus efectos a través de la sentencia del segundo proceso y así también evitar la contradicción y divergencia de sentencias entre sí.

Incluso de llegarse en este segundo proceso, a una sentencia firme por no plantearse la excepción de cosa juzgada en su momento, repito, en el segundo proceso (y así evitar el efecto externo excluyente), siempre sería válida la primera sentencia firme dictada en detrimento de la segunda firme que es nula por incumplir un presupuesto procesal y ser la consecuencia de un óbice procesal en su día no resuelto. (Salvo que expresamente se establezca –en norma procesal especial– la nulidad de ambos procesos con sentencias firmes divergentes e iniciar un nuevo proceso extraordinario semejante al de revisión).

El proceso penal nace en sentido amplio desde que se abre el sumario por denuncia o querrela, siempre admitidas y no rechazadas. Finaliza por la sentencia firme o resolución equivalente de fondo como el auto de sobreseimiento libre. El proceso civil y laboral nacen con la demanda produciendo sus efectos –señalados– y que son retroactivos al momento de su presentación, siempre que sea admitida (arts. 410 a 413 LEC), y finaliza con la sentencia firme. El proceso contencioso y el constitucional nacen con la admisión de la demanda contenciosa, la de amparo o la respectiva a los otros procesos constitucionales, pero con efectos retroactivos al momento de la presentación del escrito de recurso (retroacción por tanto mayor) y finaliza con la sentencia firme.

b) Por litispendencia se entiende, además, los efectos que surgen desde el nacimiento del proceso o en un momento posterior y que se mantienen hasta la finalización del proceso.

1.b) Pueden producirse, inicialmente, y todos a la vez, como sucede con el proceso civil, pues según el art. 410 LEC (aplicable como regla general al proceso laboral, art. 4 LEC), desde la interposición de la demanda, si después es admitida, se producen los de los arts. 411 a 413 LEC. Por lo tanto, desde la interposición de una segunda demanda civil, si después es admitida, se puede saber desde ese momento (comparando la primera y la segunda demanda) si existe o no, total (o parcial) identidad y procede la excepción de litispendencia para acordar el efecto negativo, o excluyente si es total (non bis in idem) o si es parcial para el efecto prejudicial, positivo, vinculante ya sea suspensivo del segundo proceso o el acumulativo de autos del segundo al primero (arts. 416 LEC y concordantes).

Existe especialidad en el proceso civil con la contestación a la demanda (art. 412) si se plantea una excepción de fondo por el demandado, sobre la que puede plantearse excepción de litispendencia de iniciar un proceso ulterior entonces actor replanteándola.

Por tanto si existe identidad total estamos ante la identidad que es subjetiva activa y pasiva y objetiva y justifica el efecto negativo o excluyente de esta excepción de litispendencia; o por el contrario si la identidad entre ambas no es objetiva en su totalidad, pero existe prejudicialidad o relación entre ambos objetos supone que son condicionantes entre sí y estamos ante el efecto positivo o prejudicial que puede justificar la paralización del segundo proceso o que se acumulen los autos del segundo a los del primero si concurren los requisitos legales evitando sentencias discordantes o la continencia de la causa.

2.b) En el proceso penal los efectos de la litispendencia no se producen inicialmente con la admisión de la denuncia (lo que es lógico si el denunciante no es parte y la denuncia no supone el ejercicio de la acción penal, aunque inicie el sumario). Ni con la admisión de la querrela, tampoco se producen, aunque el querellante se constituya en parte actora y ejercite la acción penal.

Se producen con posterioridad y en momentos diferentes los unos y los otros. Escalonadamente e incluso se van a producir los esenciales al final del sumario (identidad subjetiva penal e identidad objetiva del hecho y resultado penal histórico o natural) en cuanto determinantes de la excepción de litispendencia o cosa juzgada. Y otros efectos que pueden considerarse más accidentales (calificación jurídica del hecho y su resultado penal y la pena solicitada)

se producen casi al final del acto de juicio oral, si se modifican las calificaciones provisionales por las definitivas o se altera en el informe.

3.b) Tales efectos iniciales producidos en el proceso civil (y laboral) por la admisión de la demanda, o por su contestación (no así en el proceso penal, salvo el proceso por delitos sujetos a procedibilidad privada) con efectos retroactivos al de su presentación son:

- La perpetuación de la jurisdicción “perpetuatio jurisdictionis” y de la competencia se produce en el proceso civil desde el momento de la litispendencia. Así, de la jurisdicción nacional en detrimento de la extranjera (con relevancia en casos de extranjería si procede aplicar el derecho extranjero en el orden civil, o la falta de jurisdicción); del orden jurisdiccional (civil, laboral o contencioso); de la competencia, cualquiera que sea así la objetiva, la territorial (disponible o no e impugnabile), la funcional si en la misma fase o instancia (así primera instancia) deban conocer varios órganos jurisdiccionales diferentes y del reparto (art. 411 LEC). Los cambios ulteriores sobrevenidos tras su determinación, en principio no la alteran, salvo disposición expresa por ley.

En el proceso penal por su carácter no tiene porqué ser así (salvo en delitos privados), tras la admisión de la querrela. La jurisdicción penal competente (nacional o extranjera), la competencia objetiva, por conexión, territorial y funcional o el reparto, aún determinadas y fijadas inicialmente al admitirse están sujetas a cambios o modificaciones sobrevenidos derivados de la investigación sumarial (se impide así la rigidez de su perpetuación como en el proceso civil (art. 411 LEC). Esa “perpetuación o no perpetuación” de la jurisdicción y competencia depende de las ulteriores investigaciones sumariales respecto a las personas responsables (aforadas o no) y la gravedad de los hechos cometidos. Sin perjuicio que en el proceso penal la jurisdicción, orden penal y dichas competencias o reparto son imperativos. (En el proceso civil la territorial suele ser disponible).

Además, se permite cierta flexibilidad para cambiar el procedimiento iniciado. Así de un sumario común a otro abreviado si se mantiene la competencia objetiva, por conexión y territorial del órgano; o pasar las actuaciones sumariales ya practicadas, conservando su validez en principio, al nuevo órgano penal

que resulte competente en el sumario o juicio oral (de la primera instancia). Es pues admisible el cambio sobrevenido de la jurisdicción competente (nacional o extranjera, art. 23 LOPJ) y de las citadas manifestaciones de la competencia tras el inicio del proceso penal. Más que "perpetua" sería "cambiante".

- La adquisición de la condición de parte formal actora o pasiva es a la vez, en unidad de acto, en el proceso civil (o laboral). Se adquiere por la simple determinación del actor (denominada perpetuación de la legitimación o "perpetuatio legitimationis"), aunque la legitimación suele ser, en la mayor parte de los casos una cuestión de fondo. Pero cuando, además de ello, es procesal y se exige para la admisión de la demanda acompañar unos documentos que la justifiquen debe cumplirse con ello al ser un presupuesto procesal y no una simple condición de fondo acompañarlos para obtener una sentencia de fondo favorable o justa según se mantenga la teoría concreta o abstracta de la acción.

Y el interés, del actor, desde ese momento, admitida la demanda se tiene por justo y adecuado (art. 413 LEC) y en su virtud fija y determina la legitimación del demandado o el interés de éste. Por tanto, es la parte actora quien determina la identidad de los sujetos (parte simple o múltiple) que configuran la parte actora y la pasiva. Y que lo hagan formalmente mediante abogado y procurador. Y de esa adecuación o interés que es un simple "fumus boni iuris" de la legitimación material que deriva de su simple alegación en la demanda o contestación si en ella se plantea una cuestión de fondo. (Pese a ser la legitimación una cuestión de fondo, por lo común, a determinar en la sentencia).

- La prohibición ulterior de la modificación sustancial del objeto de la pretensión del actor tras la admisión de la demanda (con la especialidad del escrito de su ampliación); o tras su contestación, por el demandado, la prohibición de modificar éste sustancialmente el objeto de la excepción material por él planteada (igualdad de armas) art. 412 LEC; así alegando otros hechos impositivos, extintivos o excluyentes a los constitutivos de la acción del actor. En ambos casos a salvo de modificaciones secundarias, no esenciales, permisibles. Art. 412-2 LEC o que se produzcan hechos nuevos o desconocidos a los que fundamenten la demanda o contestación.

Afecta dicha prohibición tanto a los hechos históricos sustanciales (rara vez a su calificación jurídica), como a los que fundan la causa petendi (cuando esos hechos son determinantes de varias causas petendi, tienen que determinarse por el principio de concentración en cada causa y en ese preciso momento, al no poderse hacerse después tras la vigente LEC) y al petitum.

- La prohibición de alterar el procedimiento legal vigente desde que se produce la litispendencia (teoría de la irretroactividad flexible, art. 2 LEC, aplicable al proceso civil, laboral y administrativo) que incide en caso de reforma legal en la norma procesal durante su pendencia. Salvo que la nueva ley procesal vigente imponga su aplicación inmediata desde su vigencia o la irretroactividad de forma rígida conforme al principio "tempus regit actum" o "legis vigenti regit actum". (Admisible en el proceso penal, dado que en primera instancia existen dos fases muy diferentes y por su marcado interés público).

4.b) En el proceso penal la perpetuatio legitimationis, sea activa y pasiva, no tiene por qué coincidir en un mismo momento, pues la parte pasiva no viene determinada como en el proceso civil por un acto del actor como la demanda (art. 410 LEC) donde se determina formal y materialmente a la parte actora y a la pasiva (salvo en los delitos privados).

Si no viene determinada por las condiciones legales que exige el proceso penal al investigado para ser parte desde que conoce su situación y solicita al instructor declarar en presencia de su abogado si todavía no fue imputado, (si no conoce que es investigado a falta de imputación o inculpación no parece que sea parte formal o material); al imputado o al inculpado. Además, van ligadas dichas condiciones al derecho de defensa de la parte pasiva (arts. 118 y ss. LECRIM), o a cuando ese derecho surge a consecuencia de la adopción de medidas cautelares personales como la detención (arts. 489 y ss.) o de la prisión provisional (arts. 502 y ss. y 520 y ss. LECRIM).

La parte pasiva lo es formalmente (se constituye cuando se exige mediante procurador que lo representa y abogado que lo defiende) y además materialmente, pues tiene un interés jurídico directo a su defensa (derecho de acción) para que no se aplique el "ius puniendi" incluso si procede; a defender su inocencia (y su presunción) para ser absuelto. Por ello su identidad como parte

pasiva es determinante para que se estimen o no en el segundo proceso penal las excepciones de litispendencia penal y cosa juzgada penal.

La parte actora, después acusadora, sea pública, privada, particular o popular según la procedibilidad a que esté sujeto el delito cometido (arts. 100 y ss. y arts. 270 y ss. LECRIM), adquiere la condición formal de parte por el ejercicio de la querrela, una vez admitida por el juez instructor, lo que presupone el ejercicio de su derecho de acción penal.

Debe estar suscrita en forma y firmada por el abogado que, en su virtud, acepta la defensa del actor y firmada por el procurador que lo representa al ser preceptiva en el proceso penal su intervención, aunque no se exige al Fiscal pues se defiende y representa a sí mismo. Acción penal como derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE), a la procedibilidad y perseguibilidad del delito, a solicitar actuaciones sumariales, a su derecho a acusar en el juicio oral, para qué (carácter finalista) el Estado pueda actuar el "ius puniendi", del que es titular, a través de sus órganos jurisdiccionales penales mediante una sentencia penal razonada o motivada. Por la simple denuncia no se adquiere la condición de parte, salvo en algún supuesto específico previsto en la LECRIM en que la simple denuncia equivale a la querrela, para poder ser parte.

El momento de constituirse en parte es al iniciarse el proceso penal por querrela (si es admitida) y así nace el sumario. Sea actor privado, particular, popular o el MF; cuando se le ofrecen las acciones al acusador particular al final del sumario, si el MF se niega a sostener la acción y no se opone a ello su superior jerárquico; o después, en el momento previo a la presentación de las calificaciones provisionales. A la víctima tras la denuncia o querrela del tercero o MF, se le comunica la causa por si quiere constituirse en parte.

El Fiscal debe hacerlo, está obligado, al inicio del proceso penal, desde que puede sostener la acción penal mediante un escrito que equivale a querrela. Las partes actoras son meras partes formales, sin legitimación material, al no ser titulares del "ius puniendi" que corresponde al Estado y lo actúa a través de sus órganos jurisdiccionales predeterminados y competentes. Sólo dispone la parte actora del derecho de acción es decir el derecho a iniciar el proceso penal ante la jurisdicción y a su prosecución para sostener su acusación. No es parte material o determinante al carecer de legitimación y del "ius puniendi".

Lo es sólo a efectos formales a diferencia con el proceso civil, laboral y contencioso y por eso es innecesario concretar su identidad activa subjetiva a efectos de la excepción de litispendencia penal y cosa juzgada penal al no extenderse al acusador, directamente, sus efectos. (Cosa distinta es el efecto "erga omnes" de la cosa juzgada penal y el respeto que se merece de las partes actoras y la propia sociedad).

Al ser parte formal, puede perder su condición de parte por su simple renuncia (delitos sujetos a procedibilidad privada) o simple abandono (los sujetos a procedibilidad pública) salvo el Fiscal que está obligado en todo proceso penal en que es parte a sostener la acción penal en defensa del interés público. Ese abandono de la querrela y de la acción por el actor particular o popular no supone una crisis en el proceso penal en delitos sujetos a procedibilidad pública (se suele denominar desistimiento, pero no produce una crisis ni los efectos del proceso civil, al continuar la acción el Fiscal), salvo en delitos sujetos a procedibilidad privada (renuncia), donde la crisis lo pone fin al no ser parte el Fiscal.

El momento en que se constituye en parte o abandona esa condición, la parte actora o pasiva del proceso penal varía notablemente con el proceso civil (laboral) al ser en este al inicio de la litispendencia (art. 410) no cabiendo el posterior cambio de partes actoras y pasivas con "otro carácter", que sí es admisible en el penal, según lo expuesto.

También la parte pasiva puede perder su condición de parte formal y material, así el investigado, inculpado, imputado, procesado. Así el sumario, en la fase intermedia (sobreseimiento libre o provisional total o parcial). O de acusado en el juicio oral antes (art. 666) o después de abiertas las sesiones. Cuando de las actuaciones sumariales practicadas o las del juicio oral (art. 746-6) quede comprobada o demostrada la falta de participación en esos hechos de todas o algunas de las personas que son parte pasiva.

Cosa distinta sucede en los Estados incipientes, donde el "ius puniendi" no corresponde al Estado (hoy casi ninguno, salvo "Estados" dominados por los "señores de la guerra") si no al ofendido o sistema de justicia privada penal, y donde litispendencia y cosa juzgada penal podría operar como en el proceso civil.

- El cambio del procedimiento penal se permite según lo dicho en la perpetuación o no perpetuación de la jurisdicción y competencia penal a que remito. Por tanto, se produzca una modificación de la competencia o no. La rigidez del proceso civil consecuencia de la litispendencia impide todo cambio de procedimiento de no existir sucesión normativa durante su pendencia. No ocurre así en el penal por su naturaleza y el interés público protegido puede exigir una mayor flexibilidad en este sentido. (Conservar actuaciones sumariales practicadas en el procedimiento común si procedía el abreviado).
- Finalmente, el objeto del proceso penal (hecho histórico, nudo o natural que produce un resultado con el que determinan la mayoría de los delitos; o el hecho y su resultado calificado jurídicamente que determina ciertos delitos: habituales, masa, permanentes...) y que salvo en los delitos privados por la querrela no se determina al inicio (como sucede en el proceso civil por la demanda y su contestación, art. 412 LEC). Y una vez determinado puede modificarse sustancial o accidentalmente (a diferencia con el proceso civil que no admite el cambio esencial) hasta casi el final del juicio oral. Así las calificaciones provisionales por definitivas.

Pero debe estar determinado como esencial al final del sumario la identidad subjetiva penal y la objetiva para que se pueda determinar, de existir dos procesos pendientes si existe o no (o procede o no la excepción) de litispendencia o cosa juzgada penal.

Parece conveniente que esa determinación se haga según la teoría del hecho y el resultado nudo, histórico, natural (equivale a la sustanciación del proceso civil) pues es una garantía de la excepción de litispendencia y cosa juzgada penal en aras a la defensa del acusado y del principio de legalidad penal y más al final del sumario; y no conforme a la teoría del hecho y el resultado calificado jurídicamente (se aproxima a la individualización del proceso civil). Pensemos para explicarlo con dos ejemplos muy comunes:

Primero. Con ocasión de un apuñalamiento, unas heridas son calificadas en el primer proceso penal como lesiones leves; e iniciado un segundo proceso penal (litispendencia penal o cosa juzgada penal) se califican dichas heridas como homicidio en grado de tentativa, siendo idéntica la parte pasiva en ambos. Partiendo

del hecho histórico nudo y natural esas mismas heridas permiten que prosperen ambas excepciones en el segundo proceso penal. Según la segunda sería más dudoso. Debe aplicarse la primera teoría.

Segundo. Una persona sustrae una cartera y ese mismo día otras y el CP de un país determinado lo considera delito habitual. Una sustracción no fue objeto de investigación en el primer proceso, y es objeto del segundo proceso penal. Según el hecho nudo, histórico o natural sería improcedente la excepción de litispendencia y cosa juzgada y debería continuar el segundo proceso penal.

Al tratarse de un delito habitual sujeto a esta "calificación jurídica" serían procedentes las excepciones de litispendencia y cosa juzgada penal para poner fin al segundo proceso porque la parte actora del segundo proceso penal no solicitó esa investigación en el primero. Sin embargo, si la segunda sustracción se produjo temporalmente, después del momento conclusivo en que se podía investigar en el primer proceso, sería improcedente y no triunfaría la excepción de litispendencia o cosa juzgada penal (hechos sobrevenidos) y debería continuar tramitándose el segundo proceso penal. (Este ejemplo de ser aplicable al delito masa, al permanente o a los delitos... sería mucho más complejo).

Obsérvese la importancia de ambas teorías para determinar la identidad objetiva o no del hecho y su resultado, partiendo de una investigación que lo está al final del sumario, para determinar la procedencia o no de las excepciones de litispendencia penal o cosa juzgada penal. Es más garantista en este momento, la primera del hecho y resultado natural, nudo o histórico. Con la segunda, basta en el segundo proceso con modificar la calificación jurídica y dificultar así, o desvirtuar, el triunfo de dichas excepciones penales.

Al margen de lo dicho, en el proceso penal, (a diferencia con el proceso civil donde no puede el actor, ni el demandado modificar los hechos sustanciales, solo los accidentales (art. 412) se pueden modificar tanto los hechos sustanciales y los accidentales desde la denuncia, la querrela, auto de conclusión, calificaciones provisionales, definitivas e informes. Por lo tanto, cabe la modificación sustancial de los hechos (como de los sujetos que conforman la parte pasiva) casi hasta el final del juicio oral, pero respetando las garantías que son inherentes al derecho de defensa. Tanto la parte actora como la pasiva.

Pero son los hechos que resultan del auto de conclusión del segundo proceso y sus autores, identidad objetiva y subjetiva (salvo en delitos privados, que se puede saber por la simple comparación de las querellas y documentación aportada en ambos procesos penales como sucede en el proceso civil), comparados con los del auto de conclusión del primero y sus actuaciones, calificaciones e incluso su sentencia no firme (o firme) los que determinan la existencia o no, la procedencia o no, de las excepciones de litispendencia (y cosa juzgada) en el segundo proceso penal. Antes del auto de conclusión no se puede saber si procede la excepción de litispendencia o cosa juzgada salvo que las actuaciones de ambos procesos estén en el mismo juzgado al conocer el mismo juez. Podría de oficio plantear la excepción de litispendencia penal o cosa juzgada penal o acumularlos en uno.

El auto de conclusión del sumario, definitivo o firme, es el elemento delimitador que concreta ambas excepciones, porque fija los autores y hechos comprobados por la investigación sumarial. Podría incluso sostenerse, de admitirlo la LECRIM, que las excepciones de litispendencia y cosa juzgada penal fueran causas de sobreseimiento libre siempre y cuando conozca del sobreseimiento el órgano sentenciador. En otro es mejor plantearlas como cuestiones previas, o en las sesiones, o al impugnar la sentencia penal.

- Debe destacarse que, si en el proceso civil la causa petendi y el petitum son elementos esenciales para determinar el objeto del proceso y esta determinación se produce en el momento en que se origina la litispendencia (art. 410 LEC) de ser en la demanda, o poco después si se hace en la contestación como excepción material (hechos impeditivos, extintivos o excluyentes). Y que como esenciales que son no pueden ser modificados posteriormente (art. 412), ni adicionados después, al regir el principio de concentración de causas petendi en la vigente LEC; ni después ser objeto de otro proceso civil salvo que la causa petendi se determine con base a hechos desconocidos al producirse la litispendencia y que la parte no podía conocer o que son posteriores a dicho momento.

En el proceso penal operan de forma distinta. En principio no son esenciales ni la causa petendi ni el petitum y no son determinantes de la excepción de litispendencia y cosa juzgada. La causa petendi se integra en los hechos; pese a ello puede tener incidencia en el proceso penal en el caso de concurso ideal

de delitos. Un mismo hecho puede ser calificado como dos delitos distintos. (Volvemos al hecho y resultado natural, nudo o histórico; o al hecho y resultado calificados jurídicamente). El concurso real, varios hechos, cuando son medio para cometer otro, se resuelve con la conexión. En otro caso cada hecho objeto de un proceso penal.

El petitum, consecuencia jurídica o pena solicitada no es vinculante para el juez (al margen de la conformidad), corresponde su imposición al órgano sentenciador, en la sentencia. Si el cambio de petitum es consecuencia del cambio sorpresivo de una calificación jurídica por otra más grave, respecto a los hechos delictivos así calificados y pudieran colocar en situación de indefensión (derecho a la defensa del acusado, art. 24 CE y 733 LECRIM) al acusado, podría ser relevante, o si entendiera el juez que procede una pena superior a la pedida por las partes (entiéndase acusadoras) y así sentenciará.

III. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA LITISPENDENCIA PENAL Y POR TANTO DESDE CUANDO PUEDE CONOCERSE LA EXISTENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PENAL. MODOS DE EVITARLA. LA COMPETENCIA INDISPONIBLE Y SU CONTROL EN EL REPARTO. SUPUESTOS POSIBLES. EN EL SUMARIO: A) DIFERENCIA ENTRE DELITOS SUJETOS A PROCEDIBILIDAD PRIVADA Y LOS DEMÁS. B) AL FINAL DEL SUMARIO. C) FASE INTERMEDIA O DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL. D) JUICIO ORAL. E) AL IMPUGNAR LA SENTENCIA

Señalé que en sentido amplio el inicio del proceso penal o nacimiento de la litispendencia penal, de su primera fase o sumario puede ser en virtud de denuncia (aunque el denunciante no asume con su denuncia la condición de parte, por lo general) o querrela (el querellante se convierte en parte). No puede ser de oficio, por el juez instructor, sin perjuicio de que si se presenta una denuncia ante éste debe poner los hechos en conocimiento del fiscal para que se constituya en parte.

La denuncia presentada y admitida, no presupone que la víctima o el Fiscal, al inicio del sumario, tengan que conocer los hechos tal y como sucedieron, ni tampoco quien es el autor o autores, o grado en que lo hicieron. Tampoco la

querella, por el simple hecho de ser admitida, presupone dicha concreción (aun siendo parte el querellante o el MF). Ambas, denuncia y querella no permiten que al inicio del segundo proceso penal se pueda determinar si existe o no identidad subjetiva pasiva y la objetiva con el primero.

A salvo de los delitos sujetos a procedibilidad privada donde la querella privada puede concretar y determinar la existencia de ambos elementos: identidad de la parte subjetiva pasiva y la identidad objetiva entre el primer y segundo proceso. Sólo en este caso el inicio del sumario por querella privada podría servir para concretar ambos aspectos con la simple comparación de ambas querellas, la documentación respectiva que debe acompañarlas (es esencial) y las actuaciones a su amparo solicitadas en ambas.

En los delitos sujetos a procedibilidad pública o semipública esa determinación se produce al final del sumario, es decir, cuando las partes, en especial las actoras, consideran que se llevaron a cabo todas las actuaciones pertinentes para determinar y concretar el hecho y sus autores y por ello –junto al instructor– están de acuerdo en que se ponga fin al sumario, y se dicte el auto de conclusión del sumario. O si dictado están de acuerdo con el mismo, y no impugnan ese auto recabando la práctica de otras actuaciones.

Desde este momento, si estamos ante el segundo proceso, y en el primero se sucedió ese trámite parece que se está en condiciones para saber si el primero y el segundo proceso penal están sujetos o no a esas identidades: subjetiva pasiva y objetiva. Pero el hecho de que desde ese momento lo sepan (y puedan exponerlo al instructor), no quiere decir que desde ese momento exista trámite para denunciarlo si no que deberá ser después.

Otra cosa sería que si ambos procesos penales, durante el sumario penden ante el mismo juzgado (por reparto), su instructor pueda de oficio (no se olvide que la existencia de la excepción de litispendencia es un óbice procesal positivo y su falta un presupuesto procesal negativo) acumular las actuaciones en un único sumario de igual forma que sucede en los delitos conexos, cuando no tenga duda de la concurrencia en ellos de ambas identidades subjetiva pasiva y objetiva. Pero, concluido el sumario, de uno de estos procesos o ambos, (remitidas las actuaciones al decisor) nada podrá hacer el instructor salvo comunicar, esa situación en su caso, al órgano penal decisor.

Si ambos, en el sumario penden ante distinto juzgado territorial (no se respetó la competencia territorial imperativa), o ante juzgados de esa localidad de distinto número, (se respetó, pero el reparto los asigna a dos de diferente número), puede el instructor del segundo sumario acordar que las actuaciones del segundo se remitan a las del primero si entendiera que es un delito conexo como el otro y ser una competencia imperativa. Mas no podrá el instructor del segundo proceso ponerlo fin archivándolo o sobreseyéndolo al carecer de tal competencia, y no ser ni momento ni motivo de sobreseimiento, en suma, por corresponder la resolución de esta excepción al órgano decisor.

Cosa distinta, es si el trámite para denunciar la concurrencia de identidades debería ser en la fase intermedia o en la preparatoria del juicio oral. Así añadir un nuevo motivo al sobreseimiento libre (con base al art. 675 LECRIM que utiliza este término legal) y total referido al segundo proceso penal iniciado temporalmente): la identidad subjetiva pasiva junto a la objetiva. De lege ferenda, sería posible. De lege data (de acordarlo así la futura LECRIM) no nos parece lo más adecuado, sin olvidar que el sobreseimiento libre se encomienda en algún proceso penal al instructor y podría ser al MF, con lo que las garantías procesales se verían mermadas pues debe ser competencia del órgano decisor.

Sería mejor esperar a que dictado el auto de apertura del juicio oral, y antes de la apertura de las sesiones se proponga por cualquiera de las partes actoras o pasivas o de oficio por el órgano decisor como cuestión previa, de igual forma que la cosa juzgada penal, lo que parece mucho más lógico, aunque se "retrase un poquito más" el juicio oral de proponerse en ese momento, por el incidente que surge para su resolución.

Y que se pueda proponer de oficio por el órgano decisor desde el auto que acuerda la apertura del juicio oral, hasta el fin de las sesiones (puesto que su resolución pone fin a un dilema procesal previo: o concurría un presupuesto procesal, o estábamos ante un óbice procesal). O incluso después por las partes, si no es estimada como cuestión previa la litispendencia que puedan reproducirla en las sesiones del juicio (art. 678 LECRIM).

Así, la excepción de litispendencia permite hablar de distintos momentos y distintos efectos. Se produce al nacer el segundo proceso penal, si existe identidad subjetiva pasiva y objetiva, pero todavía no se puede conocer si es o no tal

en ese mismo momento en los delitos sujetos a procedibilidad pública o semi-pública, salvo en los delitos sujetos a procedibilidad privada que sería posible y admisible, tras la admisión de la segunda querrela. Se puede conocer (comparando las actuaciones de ambos procesos penales), dicha identidad objetiva que debe ser total y la identidad subjetiva de los sujetos pasivos como de su grado de participación y condiciones, al final del sumario cuando se acuerda su conclusión por auto definitivo o firme.

Se podría denunciar y prosperar, como momento inicial, (fase intermedia o sumarial según tipología de procedimientos penales) tras el auto definitivo o firme de conclusión sumarial de establecerse un motivo especial de sobreseimiento libre. (A salvo cuando se puedan concentrar ambos procesos en un sumario). O mejor proponerla y resolverla en la fase de juicio oral (auto), antes de la apertura de las sesiones; o en el acto del juicio, si fue desestimada o se plantea por primera vez (art. 678 LECRIM).

Y como momento final al impugnar la sentencia penal a través de los recursos ordinarios o extraordinarios procedentes. Siempre que no exista sentencia firme en el primer proceso iniciado, pues de ser así procede la excepción de cosa juzgada y en este caso para dejar sin efecto la sentencia dictada en el segundo proceso.

No se olvide que el momento para formular la excepción de cosa juzgada en el segundo juicio (art. 666-2 LECRIM), coincide con el previsto para formular la excepción de litispendencia, y que en ambos casos coincide el momento previo para conocer cuando concurren ambas (identidad objetiva y subjetiva) que es el auto firme o definitivo de conclusión del sumario (salvo los delitos sujetos a procedibilidad privada).

Esta semejanza entre las excepciones de litispendencia penal y cosa juzgada penal justifica que el trámite de los arts. 666 a 679 LECRIM sea adecuado para denunciarlas, pese a que varíen sus efectos caso de estimación. Lo mismo sucede abiertas las sesiones del juicio oral, art. 678 si hubieran sido desestimadas (o no se proponen en ese momento por desconocerse aún las identidades o si las partes legitimadas activas o pasivas consideran que es mejor proponerlas en el trámite de las sesiones del juicio oral. O hacerlo al impugnar la sentencia de fondo mediante los recursos respectivos.

MODOS DE EVITARLA, COMPETENCIA INDISPONIBLE Y REPARTO

La jurisdicción y la competencia en el proceso penal son indisponibles y controlables de oficio por el instructor, como por las partes actoras o pasivas. Desde el inicio del sumario (arts. 8 y ss. LECRIM), o desde el auto de apertura del juicio oral (art. 666-1 LECRIM), tanto la jurisdicción, la competencia objetiva, por conexión (se considera un tipo diferente de la objetiva y modifica los criterios que determinan ésta y la territorial), la territorial y la funcional (incide en las dos fases del proceso penal, sumario y juicio oral, ambas de la primera instancia) y el reparto.

La indisponibilidad de la competencia y los supuestos de conexión dificultan e surgimiento de dos procesos penales con identidad objetiva y subjetiva. Por ello los supuestos son muy reducidos y raros serán los casos en que prosperen las excepciones de litispendencia penal y de cosa juzgada penal. (Pues se atribuirán al mismo juzgado e instructor penal, salvo el supuesto de que por reparto se atribuya a un instructor del juzgado de otro número). Si se atribuyen al mismo instructor puede controlar esos dos procesos penales iguales y acordar su reunión en un único sumario en esta fase. Si están en distintos juzgados sólo se podría de considerarse conexión para ver si existe o no.

En el proceso civil sólo es disponible la territorial y esto facilitará que puedan existir dos procesos civiles con identidad objetiva y subjetiva. La competencia por conexión civil es irrelevante al margen de los preceptos referidos a la acumulación inicial de acciones o la sobrevenida por inserción, reconvención o reunión de autos. En el proceso penal la competencia por conexión se encuentra sometida a fuerte control (de oficio por el juez instructor sea el ordinario o especial o a instancia de parte actora o pasiva al ser indisponible), incluso mayor que la territorial, al referirse la competencia por conexión a delitos importantes y al "crimen" organizado.

El reparto exige igualmente un control de oficio por el funcionario que lo practica, el Juez Decano y el órgano jurisdiccional al que se encomienda la causa sumario o juicio oral (unipersonal, el juez penal o instructor; o colegiado ya una sección de la AP, AN). Su fin es atribuir a los jueces y tribunales un número proporcional de asuntos), Hoy con la informática judicial, se puede tras el reparto con un programa informático adecuado vigilar y controlar los casos en que concurren ambas identidades.

SUPUESTOS DENUNCIABLES POSIBLES. EN EL SUMARIO. A) DIFERENCIA ENTRE DELITOS SUJETOS A PROCEDIBILIDAD PRIVADA Y LOS DEMAS. B) AL FINAL DEL SUMARIO. C) EN LA FASE INTERMEDIA O DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL. D) JUICIO ORAL. E) AL IMPUGNAR LA SENTENCIA.

Remito a lo ya expuesto para evitar repeticiones innecesarias.

IV. MOMENTO EN QUE SE DEBERÍA PROPONER ESTA EXCEPCIÓN. A) FASE PREPARATORIA DEL JUICIO ORAL. B) FASE DEL JUICIO ORAL: a) ANTES DE ABIERTAS LAS SESIONES. b) DURANTE LAS SESIONES. c) EN SUCESIVAS INSTANCIAS

Remito a lo ya expuesto en los puntos II y III.

V. REQUISITOS

A) IDENTIDAD PASIVA SUBJETIVA

Supone que los sujetos que son parte pasiva del primer proceso (lo son al no haber finalizado todavía, de lo contrario la sentencia sería firme y procede la excepción de cosa juzgada), son los mismos que los del segundo con igual grado de participación en ese hecho y las mismas condiciones. Identidad subjetiva supone que son las mismas personas (nombres y apellidos) con igual participación en el mismo hecho que se está juzgando dos veces en ambos procesos.

Participaron en el mismo hecho juzgado dos veces, como autores, cómplices u otra participación; concurren las mismas circunstancias atenuantes, agravantes, mixtas; el mismo dolo o culpa; las mismas eximentes completas o incompletas sean o no causas de justificación, es decir causas que excluyen la acción, la antijuridicidad o la culpabilidad o que confirman la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad o concurren excusas absolutorias. (así el art. 650-1ª 4). Y siempre que todo se concrete en ese hecho productor del resultado, sea hecho natural o acto humano, es decir nudo, histórico en cuanto acontecido, pero desprovisto de toda calificación jurídica.

Desgajar el aspecto subjetivo y objetivo del hecho delictivo resulta complejo. De no ser así bastaría con calificar jurídicamente, lo ya señalado, de otra forma, en el segundo proceso, para que no prosperara la excepción de litispendencia o cosa juzgada. Que ello es así parece no ofrecer dudas, pues la litispendencia (y cosa juzgada) pueden prosperar antes de presentarse (art. 667) el escrito las calificaciones jurídicas provisionales.

Según el momento procesal en que se encuentre el primer proceso, y aquél en que se proponga la litispendencia penal en el segundo son posibles varias diversas situaciones que pueden justificar que la identidad pasiva subjetiva venga determinada no por esa calificación jurídica a que me referí en párrafos anteriores si no por concreciones fácticas subjetivas ajenas a toda calificación jurídica. En efecto, veámoslas:

a) El proceso 1 que es el primer iniciado y el proceso 2 están en el mismo estadio procesal tras el auto de conclusión del sumario. El momento previo a la calificación (arts. 649 y ss.), pero todavía no se calificó y procede art. 666 plantear cuestiones previas (siempre que se admitiera plantear la excepción de litispendencia penal en el segundo proceso penal –lo que no permite el art. 666, por su carácter tasado, aunque de lege ferenda lo defendemos en una próxima reforma legal–). La narración de la excepción propuesta sería sólo fáctica y no jurídica. No así si es la cosa juzgada al existir una sentencia firme.

b) El proceso 1 primero iniciado fue objeto de calificación provisional y está en fase de juicio oral o de impugnación de sentencia. El proceso 2, está para calificación jurídica pero todavía no se calificó y se propone litispendencia penal como cuestión previa. Aquí ya existe una calificación jurídica del primer proceso que no existe en el segundo, pero debe tenerse en cuenta, en su caso, de cara a determinar lo nudo, natural o histórico.

Determinar esa identidad subjetiva (y la objetiva) presupone una comparativa con el auto de conclusión del primero y su calificación jurídica para determinar la identidad subjetiva (y fáctica). En caso de que el proceso 2 iniciado más tarde esté más avanzado que el 1 y hubiera sido objeto de calificación provisional o definitiva, de proponerse la excepción de litispendencia en las sesiones del juicio del 2, y el 1 estuviera en trámite de calificación jurídica (arts. 649 y ss.) sin haberse efectuado, nada afecta a la solución anterior prevista en este párrafo (tener en

cuenta la calificación jurídica del segundo proceso y ambos autos de conclusión para comprobar el hecho nudo, natural o histórico.

c) El proceso 1 y 2 ya fueron objeto de calificación jurídica provisional (art. 649 y ss.) o incluso uno o ambos de calificación definitiva y se plantea en el juicio oral del proceso 2 la excepción de litispendencia o al impugnar sentencia. La comparación de esta identidad pasiva subjetiva se hará no sólo en términos fácticos si no jurídicos comparando tales autos de conclusión y las calificaciones provisionales o definitivas entre sí. Y con la fundamentación fáctica y jurídica resultante de la sentencia impugnada de la instancia respectiva (que no puede ser firme, pues si no sería el supuesto del art. 666-2, excepción de cosa juzgada) en términos comparativos. El aspecto subjetivo de la identidad nudo, natural o histórico parece resultar decisivo.

Cuando me refiero a la calificación jurídica me refiero tanto a las calificaciones provisionales como a las definitivas referidas a esa identidad pasiva subjetiva presentadas por la representación y defensa de las partes actoras que se hubieran constituido en el proceso penal formalmente como tales, cualquiera que fuera el momento en que lo hicieran, como a las presentadas por la representación y defensa de las partes pasivas. Escrito de calificaciones provisionales y definitivas en el proceso penal ordinario por delitos graves; o escrito de acusación y de defensa, en el proceso penal con diversas modalidades procedimentales en delitos de menos graves o leves.

Como señalé en el proceso penal es relevante la identidad pasiva subjetiva al ser la parte pasiva además de parte formal, material. Por ello le afecta la litispendencia penal y la cosa juzgada penal, como las excepciones penales de litispendencia penal y cosa juzgada. Sobre ella recae directamente el ius puniendi del Estado si es condenada de igual forma que sobre ella directamente recae la absolución si se declara su inocencia (o absolución por falta de prueba suficiente de cargo con base en la presunción de inocencia). La identidad subjetiva pasiva va ligada a la objetiva y es difícil su escisión (o es inescindible).

La identidad activa subjetiva es irrelevante en el proceso penal (a diferencia con el civil) a efectos de determinar la litispendencia penal, la cosa juzgada penal y sus respectivas excepciones. Ello es así porque la parte actora lo es sólo formal, no material, pues el ius puniendi es de titularidad exclusiva del Estado

(salvo en Estados que por su debilidad no pueden asumir esa función y se atribuye a la parte actora; es el caso de la justicia penal privada que se asemeja al proceso civil).

Sólo dispone la parte actora del derecho de acusar cuando el Estado se lo concede (varía según el régimen de procedibilidad ya sea exclusivo del MF, o del acusador privado; o lo comparta el MF con el acusador particular y popular). Aunque corresponda el "ius puniendi" en exclusiva al Estado, éste lo actúa y ejecuta a través de los órganos jurisdiccionales predeterminados para imponer la pena y después vigilar su cumplimiento (Jueces de Vigilancia Penitenciaria) según la ley penitenciaria.

Pero el hecho de que la parte actora no tenga carácter material (ni siquiera en los delitos privados) al no disponer del "ius puniendi" ello no le resta importancia. Sin legitimación material para actuar el "ius puniendi", sin afectarle por la identidad subjetiva de la litispendencia y de la cosa juzgada y sus excepciones dispone de una legitimación formal de persecución, de perseguibilidad para así actuar la acción procesal desde el plano meramente formal, en el estricto sentido de acceso a la jurisdicción y prosecución procesal (arts. 100 y ss. LECRIM y art. 24 CE) según el régimen de procedibilidad establecido al delito cometido, es decir público, semipúblico o privado.

Debe cumplir los presupuestos procesales (positivos o negativos, activos o pasivos, fácticos o subjetivos) y las condiciones de procedibilidad (activas o pasivas, positivas o negativas, fácticas o subjetivas) que son muy complejas y variadas entre sí por sus efectos.

La identidad de la víctima (constitúyase o no en parte procesal actora y en todo caso por ella el MF) suele ser decisiva en la determinación de la identidad del hecho histórico. Si A dispara contra B y es objeto de un primer proceso y se sabe que disparó también contra C (y no existe conexión para acumular ambas causas en el mismo sumario, abriéndose un segundo) no existirá litispendencia penal entre ambos procesos, ni procederán estas excepciones. Este supuesto, más que el plano subjetivo afecta al objetivo del hecho. Si A dispara contra B y al mes siguiente vuelve a hacerlo de nuevo contra B tampoco proceden ambas excepciones de iniciarse dos procesos al ser otro hecho y por ello diferente.

B) IDENTIDAD OBJETIVA: FÁCTICA O NATURAL DEL HECHO HISTÓRICO. FÁCTICA Y JURÍDICA DEL HECHO HISTÓRICO

En la excepción de litispendencia penal (o cosa juzgada penal) hay que comparar el hecho histórico de los dos procesos para comprobar que es idéntico o el mismo. Es decir, los hechos que resultan de sus sumarios, una vez concluidos (y en su caso los referidos en las calificaciones provisionales del primer proceso –e incluso del segundo si se formularon–, art. 650-1º, 2º y 4º LECRIM de la parte actora o pasiva en el proceso de delitos graves; o del escrito de acusación y defensa del proceso de delitos menos graves o leves; o las definitivas del primero, art. 732 en concordancia con los arts. 734 a 738 LECRIM. (Ver los tres supuestos antes vistos). Comparativa, de los hechos que resulten del sumario en ambos procesos, y en su caso con las calificaciones provisionales o definitivas si se hubieran presentado, incluso con la sentencia todavía no firme de la primera instancia.

Comparativa que busca comprobar, demostrar, en suma, probar (arts. 668 y ss.) entrando en el fondo, que el hecho (acción, omisión o comisión por omisión) y el resultado (de esa acción, omisión o comisión por omisión) nudo, histórico o natural es el mismo en ambos procesos tal como aconteció, o es diferente para poderse estimar –o por el contrario– desestimar la excepción de litispendencia penal (o de cosa juzgada penal).

La calificación jurídica (provisional o definitiva) de ese hecho y de su resultado es importante, art. 649 y ss. pero no decisivo para probar la excepción de litispendencia o de cosa juzgada; será decisiva dicha calificación jurídica, en su caso, a efectos del contenido de la sentencia penal y en su caso de su congruencia o no, arts. 741, 742 y 743 LECRIM.

Pero esa comparativa no busca probar, pensando en la excepción de cosa juzgada aplicable por analogía a la litispendencia (arts. 668 a 674 LECRIM), los hechos tal como se cometieron y la persona que los comete, al ser ese el objeto de la prueba en el juicio oral (arts. 688 a 731 LECRIM). Así según el estado en que se encuentre el primer proceso, pudo o no haber acontecido la prueba penal, igual que del trámite del segundo proceso.

El objeto de su prueba es distinto. Basta demostrar que los hechos que resultan de ambos sumarios y las personas que en ellos participaron son los mismos

o idénticos en ambos sumarios. Y en segundo lugar que esos “hechos y sus partícipes” prima facie, verosímilmente, en virtud de que del sumario resulta un principio de prueba que ocurrieron sin perjuicio de su ulterior prueba (de efectos plenos) en el juicio oral (a salvo de la prueba anticipada del sumario) y de que se concreten en las calificaciones (o escrito de acusación y defensa) provisionales y definitivas. Esta prueba de la excepción de litispendencia –identidad subjetiva pasiva y objetiva del hecho– tendría que tener igual objeto que si es para acordar un sobreseimiento libre, prosperar una cuestión previa o después coetánea planteada en el juicio oral.

Por esta razón si su objeto es el resultado de la comparativa de dos sumarios, parece lógico que verse la prueba sobre el hecho nudo, histórico o natural. Lo contrario desvirtuaría la excepción, pues bastaría en el segundo proceso con calificar, en la querrela, los mismos hechos de forma diferente para que su estimación fuera más compleja. Si en el segundo proceso penal el actor utiliza una calificación diferente de los autores y el hecho, la simple comparativa nuda, natural, e histórica determinará ese supuesto engaño, fraude procesal o de uso abusivo y ejercicio antisocial del proceso. Otra cosa sucede en el delito habitual, masa o permanente, que por su necesaria calificación jurídica obliga a entrar más en el fondo y no es suficiente con la comparativa señalada a efectos de su prueba. Ello no excluye que si se presentaron calificaciones provisionales o definitivas o exista sentencia todavía no firme ayude todo ello –en todo supuesto– a corroborar o no esas identidades.

V.gr. Pedro, con un cuchillo causa una herida a Jaime que tarda en curar 3 días. En el primer proceso se califica el hecho nudo como lesión leve; en el segundo ese mismo hecho de homicidio en grado de tentativa. Decisivo en esta excepción, para su triunfo, es que sea el mismo hecho y resultado (herida) y autor (Pedro). (Identidad subjetiva y fáctica).

En un ejemplo de delito habitual o masa (varios hechos son una unidad delictiva) como señalé esto no sirve, pues pueden ser dos hechos históricos diferentes y pese a ello estar ante la misma excepción, porque la calificación jurídica pasa a ser la esencia del delito y de la propia excepción. O en el delito permanente, el mismo hecho puede originar que estemos ante un único delito o dos diferentes, no bastando tampoco la comparativa fáctica. La identidad o no de un mismo hecho, no es sólo nuda, natural o histórica, sino es además jurídica

sea homogénea o heterogénea, o temporal según el momento de su comisión y el momento final en que se puede aducir o no el último hecho delictivo en el proceso según el principio de concentración; o si cada hecho susceptible de encuadrarse en una unidad delictiva fuera desconocido o posterior al momento de conclusión sumarial.

VI. EFECTOS DE SU PROPOSICIÓN. NACE UN INCIDENTE PARA SU DETERMINACIÓN

Cualquiera que sea el momento en que se proponga la excepción de litispendencia penal (o cosa juzgada penal) como consecuencia nace un incidente cuyo objeto es determinar su existencia o no. Sobre su determinación me referí en el epígrafe V.

En cuanto al momento de su proposición, también al distinguir los delitos privados en que podría proponerse en el sumario. Y en los demás tras el acto de conclusión del sumario en la fase intermedia (o actuaciones equivalentes en los procesos penales por delitos menos graves) añadiéndose como un motivo (nuevo) de sobreseimiento libre (total) del segundo proceso (se refiere a este efecto el art. 675 LECRIM, asimilándolo con el sobreseimiento), aunque como dije no considero oportuno incluir las excepciones de litispendencia y cosa juzgada como motivo de sobreseimiento libre –en ese momento–.

Tras el auto de apertura del juicio oral, en todos los procesos penales, se debería admitir, como cuestión previa, expresamente para el segundo proceso penal iniciado en el tiempo, que las partes actoras y pasivas puedan proponer la excepción de litispendencia penal o que de oficio el órgano jurisdiccional competente (para dictar la sentencia) la decida. Y preverse en el art. 666, dentro del motivo 2º, añadiéndola a la excepción de cosa juzgada penal. Igualmente, que se pueda proponer o decidir de oficio abiertas las sesiones del juicio oral, según el art. 678 se hubiera propuesto antes –o no– (así de desconocerse o no interesar proponerla antes). O al impugnar la sentencia de la instancia respectiva y en este caso a instancia de parte denunciarla.

No olvidemos que, en el proceso civil y con mayor razón de ser en el penal, la excepción de litispendencia opera como un presupuesto procesal negativo

(que no exista un proceso penal igual anterior) y por lo tanto supone un óbice procesal positivo su existencia (debe ponerse fin). Si esto es así en el proceso civil donde la contienda es por intereses privados en general, con mayor razón debe serlo en el proceso penal por el interés público en juego. Los presupuestos procesales lo son sin perjuicio del fondo del asunto, son pues la esencia del propio proceso para que pueda hablarse de su existencia o inexistencia. De igual forma que las condiciones de procedibilidad no tienen necesariamente que formar parte de la esencia del proceso o su fondo, de igual forma que los óbices de procedibilidad.

Pero cualquiera que sea el momento en que se deduzca nace un incidente procesal para su determinación. Como cauce procesal de forma genérica puede servir el previsto en los arts. 666 y ss. con las puntualizaciones y observaciones que siguen a continuación.

Para las partes actoras y pasivas debe ser facultativo (forma parte también de su derecho de defensa, art. 24 CE) proponer o no dicha excepción de litispendencia penal (aun siendo un presupuesto procesal negativo del proceso penal la inexistencia de un proceso penal anterior y por tanto un óbice procesal positivo poner fin a su existencia) salvo para el Fiscal que debe estar obligado a su proposición, en cuanto defensor del interés público y la propia legalidad consagrada en la LECRIM.

Como señalé debe establecerse, además el deber (derivado de la jurisdicción, art. 117 CE, dentro de su función de juzgar) del órgano jurisdiccional (en cuanto director del proceso, siguiendo a la doctrina mayoritaria española que propone el modelo procesal alemán y austriaco para el proceso civil) de estimarla de oficio (es un medio además de otorgar al justiciable –en este supuesto, por la jurisdicción, art. 117 CE– su derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE) si tiene conocimiento previo, repito de nuevo, el propio juez o tribunal, de que concurren sus presupuestos.

Con esta excepción se trata de evitar, además, la ulterior excepción de cosa juzgada penal, en el segundo proceso penal si la sentencia del primer proceso deviene en firme. O dos sentencias penales contradictorias si ambas se convierten en firmes. Y evitar la división o incontinencia de la causa es decir proteger su continencia en un único proceso penal.

El procedimiento de este incidente en general puede acomodarse a lo dispuesto en los arts. 666 y ss. LECRIM que es casi común a los supuestos en que pueden proponerse las cuestiones previas tasadas. Si es en el juicio oral, el incidente paralizará las sesiones (y el órgano jurisdiccional determinará si es causa de interrupción, más apropiado, o de suspensión de éstas, (V. arts. 744 y ss. LECRIM). Precisaré cubrir algunas lagunas en el mismo, en lo que no entraré por razones de extensión del trabajo. Así:

Plazo: art. 667. Puede mantenerse. Abiertas las sesiones podría aducirse la excepción en cualquier momento y de forma oral para que se abra el incidente. Abierto podría ser el trámite escrito u oral. Aunque la fundamentación del escrito justificándola, y la documentación respectiva acompañada será escrita (arts. 668 y ss.).

Forma: arts. 668 y ss. Se hará por escrito fundamentándola, al que se acompañarán los documentos justificativos de los hechos en que se funde, para su prueba; o si no los tiene en su poder designará el archivo o lugar donde están (juzgado y juez, o Sala y sección donde está la causa del primer proceso y número de la causa si se conoce) para que se reclamen vía internet o se autorice al juez o tribunal en que se planteó la litispendencia su examen, si es de la localidad. El escrito, documentos, copias se enviarán en la forma prevista en los actos de comunicación, al órgano, MF, procuradores de las partes. El Letrado de la Administración (secretario judicial), o los procuradores de las partes.

Contestación por las otras partes, conforme al art. 669, y envío de forma telemática y según el programa informático net justicia. Escrito, documentos que se acompañan como prueba si los tienen y si no que los reclame el juez y envío de todo ello a los procuradores de las partes o MF.

Entiendo que cualquiera que sea la excepción propuesta del art. 666, incluida la litispendencia, de recogerse, debe estar regido por el principio de concentración. El art. 667 establece un plazo preclusivo de 3 días para proponerla que comienza a correr desde la entrega de la causa, para calificar. Esto supone que si al primero que se entrega es al Fiscal (art. 651 LECRIM) y luego al resto de las partes actoras (art. 651) y pasivas (art. 652) éstas no podrán jugar con su libre albedrío proponiéndola dentro de esos tres días haciendo "interminable" la causa penal, con la excepción de litispendencia penal.

Si la propone el fiscal, las otras partes deberán contestar a ella conforme al arts. 669 y ss. acompañando la documentación sobre su procedencia o improcedencia. Lo que no pueden hacer (fraude procesal, uso abusivo del proceso penal para dilatarlo) es no contestar o contestar diciendo que es improcedente la excepción y una vez resuelta, de declararse improcedente, volver a plantearla, de nuevo, con base a otros motivos (la identidad penal subjetiva y objetiva o su falta es igual), en los tres primeros días de entregada la causa.

Resolución del juez o tribunal, arts. 670, 671, 672 sobre procedencia y reclamación de documentos que no están en poder del proponente. (Son documentos judiciales del primer proceso). Parece que debería adoptar la forma de auto, aunque expresamente no se dice.

Prueba admisible: conforme al art. 672. Documental o equivalente en soporte informático. Exclusión de la prueba testifical. Plazo, puede servir el del art. 673. Sigue la vista oral para informar sobre los escritos presentados y documentos. Resolución por auto. Serviría el art. 674. Y Comunicación a las partes por cauce informático.

El recurso contra el auto procede según su contenido. Si estima la excepción cabe el recurso de apelación, sirviendo de base el art. 676. Si se desestima, no cabe recurso, art. 676-2. En ambos casos el auto se comunica a las partes. Cabe reproducir la excepción de litispendencia, no estimada, proponiéndola de nuevo, arts. 676-2 y 678, abiertas las sesiones del juicio oral. Quizá fuese conveniente, en ese caso, concretar que se funde en hechos nuevos o que sin serlo sean desconocidos a las partes. Pues los hechos conocidos en que se fundaban (existiera identidad o no) ya fueron probados y objeto de decisión.

VII. EFECTOS DE SU ESTIMACIÓN: A) ACUMULATIVO. B) EXCLUYENTE. C) PREJUDICIAL. D) IMPUGNACIÓN

No se regulan para la excepción de litispendencia penal al no preverla los art. 666 y ss. y estar ante una laguna legal. Sí, fragmentariamente, en la excepción de cosa juzgada penal art. 675-2º LECRIM que establece como efecto el sobreseimiento libre (total) y que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa. Entiendo que el art. 675-2 para la cosa juzgada se refiere al efecto excluyente o non bis in idem que no siempre será aplicable, en sentido estricto, a la excepción de litispendencia penal.

A) ACUMULATIVO. Si los dos procesos están en curso, presupuesto de la excepción de litispendencia penal, han de estarlo después de dictado el auto de conclusión del sumario en los delitos sujetos a procedibilidad pública o semi-pública; por lo tanto, puede proponerse en el segundo proceso penal abierto el juicio oral (auto) antes de la apertura de las sesiones (666) dentro de los tres primeros días para calificar o ya abiertas (678), resulta que lo más lógico es para excluir el segundo proceso penal.

Sin embargo, como las investigaciones efectuadas en el sumario (piezas de convicción, documentos...) del segundo proceso pueden ser importantes para el descubrimiento de la verdad material a que tiende todo proceso penal, (y no la simple verdad formal del proceso civil), entiendo que todo ese material debe remitirse al juez o tribunal del primer proceso iniciado para que se clasifique y una al mismo, sobre todo si está en fase de juicio oral y no finalizó la primera instancia por sentencia. A efectos de la prueba (741) puede ser importante, sobre todo si en el segundo proceso penal se hubiera practicado en el sumario la prueba anticipada referida a las partes pasivas y hechos por ellas cometidos.

Como si de una acumulación de actuaciones (así proceso civil) se tratara. Y si el primer proceso, más avanzado, estuviera en fase de juicio oral, puede acordarse según lo dicho su paralización (suspensión o interrupción a estos efectos, arts. 744 y ss.), aunque esto también podría suponer en casos extraordinarios un avance anormal, por ejemplo, sí en el segundo proceso más retrasado se acordó dicha prueba anticipada sobre ese objeto y por ello resulta innecesario practicarla en el juicio oral del primer proceso iniciado. Lo relevante es el primer proceso iniciado (sea el más avanzado o no) y en este se acumulan las actuaciones y piezas de convicción relevantes del otro.

Si el proceso primero más avanzado, estuviera en fase de impugnación a él se podrían remitir dichas actuaciones, aunque su valor sería diferente. Si el primer proceso iniciado, va más retrasado, que el segundo de igual forma se remitirán esas actuaciones, pero si en este no se dictó todavía el auto de conclusión del sumario, habría que paralizar el segundo hasta que se dicte. Entiendo que este efecto acumulativo es una garantía para las partes actoras y pasivas, para el órgano jurisdiccional, la propia Justicia, y la sociedad. Responde al fin de absolver al inocente y condenar al culpable. Y se basa en que

las actuaciones sumariales judiciales realizadas en el segundo proceso y lo que resulte de las piezas de convicción y de todo el material recogido en éste pueden servir al primer proceso.

B) EXCLUYENTE. Por lo dicho, efecto acumulativo, al segundo proceso iniciado en el tiempo (menos o incluso más, avanzado que el primero), debe ponerse fin cuando el sujeto pasivo y el objeto es el mismo. (Identidad pasiva subjetiva y objetiva). Es decir, sin perjuicio del efecto acumulativo también se produce el negativo, excluyente, o non bis in idem caso de identidad subjetiva y objetiva. Art. 675 LECRIM.

C) PREJUDICIAL. O expansivo, positivo, parcial y vinculante. En el proceso penal, en este orden jurisdiccional, y como garantía del mismo (garantismo procesal conforme a la CE) en beneficio de las partes pasivas, arts. 24 CE y 117 CE (derecho a la tutela judicial efectiva y de la función jurisdiccional de juzgar) no se produce como en el proceso civil, laboral y contencioso administrativo el efecto prejudicial o positivo (en la excepción de litispendencia o cosa juzgada penal) en caso de falta total de identidad objetiva, pero prejudicial, con lo que no puede vincular una sentencia penal a otra por un mismo hecho. La excepción de litispendencia o cosa juzgada es total (identidad subjetiva y objetiva) y nunca parcial, prejudicial, positiva o vinculante porque dentro del orden penal no existe en caso de falta de identidad objetiva, objetos penales vinculantes o prejudiciales entre sí.

La persona condenada o absuelta por un hecho (delito) no puede ser condenada o absuelta de nuevo (non bis in idem) por el mismo hecho calificado como otro delito; Ni existe un hecho penal juzgado, prejudicial a otro no juzgado todavía. Otra cosa es la figura material o sustantiva penal como es el mero hecho de la reincidencia. Nada tiene que ver con ella, el efecto prejudicial, o expansivo que la sentencia penal pueda tener en otros órdenes y procesos jurisdiccionales vinculando la sentencia penal a las sentencias que se dicten en estos, según los arts. 3 y ss. LECRIM. Efecto prejudicial, de la sentencia penal firme con efectos de cosa juzgada material, en la sentencia civil, laboral o contenciosa.

Nada tiene que ver tampoco este efecto con el supuesto de los delitos conexos (crimen organizado), en que se busca que distintos hechos relacionados entre sí –dentro de una entidad delictiva– no sean objeto de sumarios o procesos penales diferentes (uno por cada hecho delictivo) y que se concentren desde el

inicio del proceso penal en un único sumario (modificándose así la competencia penal objetiva y territorial por la competencia por conexión, indisponible, a todos los efectos) para evitar la continencia o división de la causa y así facilitar la investigación sumarial encomendada al mismo instructor o MF.

D) IMPUGNACIÓN. El auto definitivo que estime la excepción (litispendencia penal) sería recurrible, por analogía con el art. 676-3 (previsto para la excepción de cosa juzgada y otras excepciones que la admiten) en apelación. Se entiende efecto devolutivo con remisión de autos al superior (y suspensivo, pues nada hay que ejecutar). El objeto de la impugnación será la alegación de que no existe la identidad pasiva subjetiva y objetiva y por tanto que este proceso objeto de sobreseimiento libre (art. 675 LECRIM) debe proseguir y mantenerse en él las piezas de convicción, las actuaciones sumariales (documentadas) y las posteriores realizadas. El efecto suspensivo del recurso (viene a coincidir con el devolutivo al remitirse la causa al superior para nuevo examen comparativo de la identidad subjetiva pasiva y objetiva) con la del otro proceso.

VIII. EFECTOS DE SU INADMISIÓN

Los arts. 676, 678 y 679 LECRIM aplicables a la excepción de cosa juzgada penal (o a las cuestiones previas referidas) lo serían por analogía a la excepción de litispendencia penal.

Así, según el art. 676-2, el auto definitivo que no estime justificada (desestima) la excepción de cosa juzgada (en nuestro caso la litispendencia penal, no prevista en la LECRIM) "declarará simplemente no haber lugar a su admisión". (No se olvide que el art. 670 se refiere a la admisión o inadmisión a trámite del incidente en que se ventila esta excepción). Se pone, además, fin al incidente y ordena continuar la causa según su estado.

Según el art. 679 "Siendo desestimadas las cuestiones propuestas, se comunicará nuevamente la causa por término de tres días a la parte que la hubiese alegado para el objeto previsto en el artículo 649". Es decir, el plazo de cinco días para calificar en este caso, de proponerse esta excepción que no prospera, pasa a ser de tres.

Si se propuso en el juicio oral, y no se acordó paralización de sesiones (interrupción o suspensión) se acuerda su reanudación (en la sesión fijada) en donde se había quedado. Si se paralizó estar a la resolución que la alce. Si se propuso al impugnar la sentencia no existe problema, pues, el órgano decisor resolverá la excepción de litispendencia penal con la cuestión de fondo objeto de impugnación, en la sentencia penal del recurso.

Contra el auto definitivo que resuelve la excepción (por analogía litispendencia penal) desestimándola no procede recurso. Art. 676-3, pero las partes pueden reproducirla en el juicio oral como medio de defensa, art. 678, salvo en el proceso penal de competencia del Jurado. En ambos casos se puede deducir al impugnar la sentencia definitiva dictada en la primera instancia, arts. 676-3 y 678. No se establece como límite si con base en los mismos hechos probados que no justificaron dicha identidad subjetiva u objetiva, o con base en otros hechos desconocidos o nuevos de reproducirse de nuevo como excepción de litispendencia penal la antes desestimada.

IX. PROPUESTA DE REGULACIÓN

Suponiendo que la vigente y centenaria LECRIM de 1882 no pueda ser sustituida en breve por un nuevo texto legal, dada la fragmentación de las fuerzas políticas existentes en el Parlamento Nacional que impedirán la mayoría necesaria para su aprobación como Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal y partiendo que una laguna legal quizá pueda cubrirse con un "simple parche" o la buena e intencionada doctrina legal de la Sala 2ª del TS, mis propuestas en este punto parecen harto limitadas.

Entendemos que el momento para proponer la excepción de litispendencia debe ser el mismo que el previsto para la excepción de cosa juzgada cuando se trate de delitos sujetos a procedibilidad pública o semipública. Por tanto, servirá el trámite de los arts. 666 a 679 LECRIM con las puntualizaciones vistas, proponiendo la analogía de la cosa juzgada penal, en la medida posible, para cubrir esa laguna legal de la excepción de litispendencia penal. Pero también, podría propugnarse una reforma mínima consistente en que en el art. 666-2 se incluyan expresamente las palabras excepción de litispendencia penal para cubrir la laguna legal, junto a la ya mencionada de cosa juzgada penal.

Podría ser conveniente añadir un precepto más, el 679 bis LECRIM, que cubra otras lagunas y su aplicación parcial a las sesiones del juicio oral en caso de que se planteara en ellas. Así la paralización de estas, fuera suspensión o interrupción.

No se debe olvidar que el momento para conocer la identidad subjetiva y objetiva de la cosa juzgada es el mismo que el de la litispendencia por ser iguales sus presupuestos con la diferencia de que en la primera existe una sentencia firme; y en la segunda todavía no, es decir existe una o dos sentencias definitivas en cada uno de los procesos en curso o en ocasiones no existe sentencia alguna, bastando dos autos de conclusión sumarial.

En los delitos privados, admitida la querrela del segundo proceso y conocida la procedencia de la excepción de litispendencia, desde el inicio del sumario por la documentación que se acompaña a la querrela (como en el proceso civil) puede plantearse esta excepción y la de cosa juzgada. Y así podría advertirse tras la reforma de la LECRIM.

No estaría de más que en la futura reforma o en el nuevo texto legal, el legislador dedicara unos preceptos en el lugar oportuno a definir y señalar el momento y efectos que produce la litispendencia penal. Así lo hizo el legislador del proceso civil. Arts. 410 a 413 LEC.

X. CONCLUSIONES

PRIMERA. Hacer un trabajo sobre una laguna legal resulta arduo, difícil y complejo. No ayuda al caso la doctrina procesal, la jurisprudencia menor, la doctrina legal del TS. Pero se intenta, se inicia y al final se logra en mayor o menor medida. Prueba de ello es el resultado, mejor o peor, de este trabajo. Ni la litispendencia penal, ni su efecto especial consistente en la excepción de litispendencia han sido objeto de suficiente tratamiento doctrinal pese a su interrelación, a diferencia con lo que sucede en el proceso civil.

El tratamiento doctrinal de la cosa juzgada penal y de la excepción de cosa juzgada penal a la que he recurrido con frecuencia en este trabajo, tampoco es la solución analógica integral al ser figuras diferentes la excepción de litispendencia y cosa juzgada penal.

SEGUNDA. He asumido este reto sobre una laguna legal siendo consciente que quedan cuestiones en el tintero que otros, más doctos que yo, cubrirán de forma más o menos original y completa, al menos, cuando vea la "luz" la ansiada nueva LECRIM.

Sé de antemano que mis propuestas no tienen por qué ser compartidas por el acervo común procesalista y esto es lo bueno y lo malo de toda investigación. Para algunos, ciertas propuestas del trabajo pueden ser interesantes o al menos aceptables, aunque no sean las más adecuadas. Para otros, tendrán poco valor o serán inaceptables. Repito, en ambos casos, reside el valor de la investigación y de la Universidad principal foco donde hoy en día se desarrolla la actividad investigadora la cual siempre debería estar destinada a lograr "un mundo" mejor o al menos mejorable sobre todo a los que soportan sobre sus "carnes" la actividad jurisdiccional: su personal sea o no el estrictamente jurisdiccional, los abogados y procuradores de las partes y sobre todo las propias partes actoras víctimas o no del delito. O la que siendo pasiva fue absuelta de ser inocente.

TERCERA. Este trabajo, fuera de sus luces y sombras, está dedicado como homenaje al brillante procesalista y publicista Profesor Dr. D. José de los Santos Martín Ostos, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, con motivo de su jubilación. Con él me une un profundo y grato recuerdo de otros tiempos, ya pasados, compartidos con él y mi Maestro José Almagro Nosete.

MEDIACIÓN PENAL SÍ, PERO NO ASÍ. ARGUMENTOS CRÍTICOS EN RELACIÓN A SU ACTUAL REGULACIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL¹

Cristina Alonso Salgado
Profesora de Derecho Procesal
(Universidad de Santiago de Compostela)

I. INTRODUCCIÓN

Resulta descorazonador para quien ha dedicado años de esfuerzo a una tesis doctoral sobre la materia, ver para lo que ha quedado la mediación en el proceso penal. El desaliento no encierra una crítica al instituto que, a grandes rasgos, seguimos considerando de interés para nuestro sistema de Justicia penal; únicamente evidencia que la actual regulación de la materia se halla a tal distancia de lo aceptable, que difícilmente puede/podrá servir a los objetivos que han servido para fundamentar su polémica incorporación a nuestro proceso penal de adultos. Bien podrá replicarse que, en no pocas ocasiones, cuando las exigencias derivan de compromisos comunitarios, el legislador español tiende a cumplirlas tarde y a regañadientes; y que, por supuesto, todavía queda mucho camino por andar. Sea como fuere, la práctica forense nos devuelve una imagen preocupante: lagunas legales con incidencia en los derechos de las partes –parcelación institucional, mínimos en relación a la formación; etc.– indebida identificación entre el instituto y sus diferentes engarces procesales; etc.

II. LA EVOLUCIÓN DEL CONTEXTO

Forma parte de lo propio, anunciado el diagnóstico, desarrollar algunos de los principales elementos de debate que nos han llevado a esta conclusión. Sin

¹ El presente trabajo ha sido publicado en: ALONSO SALGADO, C., “Mediación penal sí, pero no así - argumentos críticos en relación a su actual regulación en el proceso penal español”, *Julgar Online*, 2021, pp. 1-13.

ánimo de exhaustividad, podríamos comenzar por lo evidente: la regulación de la mediación penal prevista –o perpetrada, según se mire– en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Conocido es que la Ley surgió, fundamentalmente, de la imperiosa necesidad de dar satisfacción a un compromiso comunitario que no admitía más demora. Desde comienzos de milenio, la orientación en materia de mediación penal parecía clara. Fruto de una tendencia internacional en aquella altura absolutamente consolidada, la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, destacaba en su artículo 10.1 que los Estados miembros debían procurar impulsar la mediación en las causas penales para los hechos delictivos que a su juicio se prestasen a tal posibilidad. E insistía en su apartado segundo en que debían velar para que todo acuerdo entre victimario y víctima alcanzado a través de una mediación en causas penales, pudiera ser tomada en consideración. De acuerdo con el horizontal temporal previsto en el artículo 17, para dar efectiva aplicación a lo estipulado en el artículo 10, los Estados miembros debían adoptar los instrumentos jurídicos precisos, a más tardar, el 22 de marzo de 2006.

Conocido es que el referido umbral no fue respetado por la inmensa mayoría de los Estados², por lo que se hizo preciso aprobar lo que, a la postre, sería el germen de nuestra actual Ley 4/2015. En efecto, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituyó la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo³ no hizo sino confirmar la apuesta por la mediación penal. Con la aprobación de la Ley 4/2015, el legislador ha querido cumplir, en esta ocasión, en tiempo y forma, con nuestros compromisos comunitarios. Ahora corresponde

² Con todo, como es sabido, el Gobierno Español no cumplió con la señalada obligación, toda vez que pretendía acometerla con una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, finalmente, no llegó. *Vid.*, ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 80-81.

³ “*El objetivo de la presente Directiva es modificar y ampliar las disposiciones de la Directiva Marco 2001/220/JAI (...) Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, el establecimiento de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, no puede ser alcanzado por los Estados miembros, y, por consiguiente, debido a sus dimensiones y efectos potenciales, puede lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar ese objetivo*”, Considerandos 65 y 67 de la Directiva.

detenerse a analizar si el cumplimiento ha resultado ajustado al acreditado espíritu filorestaurativo de origen.

III. LEY 4/2015, DE 27 DE ABRIL, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

Así las cosas, confirmada la apuesta mediadora, en la transposición de la Directiva se depositaron buena parte de las esperanzas de quienes ven en la mediación un elemento de interés para el sistema de Justicia penal español del siglo XXI. Pues bien, de conformidad con el artículo 15.1, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios originados por la comisión del hecho delictivo, las víctimas podrán –en los parámetros que reglamentariamente se establezcan– acceder a servicios de justicia restaurativa, siempre que se satisfagan unos determinados requisitos. Desatendiendo el orden establecido en el apartado primero, comenzaremos por destacar el que por evidente pudiera parecer –nada más lejos de la realidad– menos revelador. En efecto, tal y como dispone el apartado e) del artículo 15.1, no se podrá acceder a los servicios de Justicia restaurativa cuando esté prohibida por Ley para el delito cometido. Pudiera parecer, *prima facie*, que el legislador se enreda en un ejercicio tautológico. Muy al contrario: lo que hace es anticipar una intención a través de la afirmación de una evidencia. En nuestra opinión, únicamente desde esta perspectiva es posible interpretar el sentido de una obviedad de semejante calibre: no es posible mediar en un espacio de ilegalidad. Lo cierto es que, en la actual regulación de la mediación penal, pocas cosas resultan claras, y en ese escenario en el que legislador opta, justamente, por explicarnos la más evidente, la que no precisa explicación alguna. Así pues, la interpretación que nos parece más plausible es la anticipada: habida cuenta del escaso marco prohibitorio previo y, a la vista de que la Ley 4/2015 no detalla nuevas prohibiciones, cabe entender que el legislador, al incorporar un requisito que no le venía impuesto por la transposición de la Directiva, más que establecer un requisito, anticipa una intención: la de prohibir, en una eventual regulación, otros supuestos.

Hilando fino, se podría replicar lo argumentado con la fuerza de los hechos: el legislador refuerza la prohibición porque, a la luz de la realidad, la prohibición debe ser fortalecida. Avala esta interpretación el hecho de que, en relación a la prohibición por antonomasia en la materia, la referida a los supuestos de violencia de género, el

punto 116 del capítulo "Perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas" del Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género destaque como medida: *"Reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género"*⁴.

Ello no obstante, en nuestra opinión, la señalada reafirmación no menoscaba nuestra interpretación, lo más que hace es complementarla: el legislador ha dejado clara su posición en relación a uno de los principales caballos de batalla del debate sobre la regulación de la mediación en el sistema de Justicia penal español: el referido a su ámbito objetivo.

Siguiendo en el terreno de la obviedad, el segundo de los requisitos se articula sobre la idea de la seguridad de los servicios de Justicia restaurativa. Tal y como se encarga de subrayar el apartado d), la mediación no puede entrañar riesgo alguno para la seguridad de la víctima o peligro de que su desarrollo pueda generarle nuevos perjuicios morales o materiales⁵.

El tercer requisito exige que el victimario haya prestado su consentimiento. En línea con lo hasta ahora apuntado, no puede causar extrañeza este elemento. Por poco que se conozca el instituto de la mediación, por indeterminado que en ocasiones pueda resultar, en lo que la inmensa mayoría convendremos es en su incuestionable naturaleza voluntaria. Con todo, a la vista del *iter* histórico de la evolución de la Ley 4/2015, en esta ocasión, la referencia no resulta en absoluto baladí. Las dudas del (pre)legislador acreditan la pertinencia de la expresa alusión al consentimiento por parte del victimario. El Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito de 24 de octubre de 2014, no sólo no exigía que el infractor hubiese prestado su consentimiento, sino que tampoco arbitraba la posibilidad de revocar la conformidad previamente prestada, posibilidad que sí se contemplaba para la víctima⁶.

⁴ En línea de interés, la previsión también se haya presente en el Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género Congreso + Senado.

⁵ Según el Punto VI del Preámbulo de la Ley 4/2015: *"En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio"*.

⁶ Ahora reconocida en el artículo 15.3 de la Ley 4/2015: *"La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento"*.

La evolución del señalado *iter* se evidencia, asimismo, en el cuarto de los requisitos previstas en el referido artículo 15.1. De acuerdo con la misma, el victimario debe haber reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad. Así, frente a la exigencia del Anteproyecto de que el infractor reconociese “(...) *los hechos de los que deriva su responsabilidad y los perjuicios causados a la víctima*”, la versión final del texto no asumió esta formulación porque, de acuerdo con el artículo 12.1.c) de la Directiva de 2012, en realidad, lo que se requería como condición mínima era el reconocimiento por el victimario de los elementos fácticos básicos del hecho⁷. Lo previsto por la Directiva no podía ser presentado como equivalente “(...) *al reconocimiento de los hechos del que habla el Anteproyecto y que al no hacer distinción, podría entenderse que ha de recaer sobre la totalidad de los hechos, aunque no sean relevantes para su calificación jurídica*”. Así se manifestó el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto, motivo éste por el que recomendó, con éxito, que la referencia se limitara al reconocimiento *supra* apuntado⁸.

Por último, requiere la Ley 4/2015 que la víctima haya prestado su consentimiento, después de recibir información completa e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los mecanismos para hacer posible su cumplimiento. Pudiendo recurrir a formulaciones genéricas, sorprende la determinación de la literalidad del apartado b), toda vez que no vacila en apuntar, exactamente, cuál es la información que, como mínimo, debe conocer la víctima antes de, en su caso, prestar consentimiento. Sorprende, en primer lugar, porque la Ley nada indica sobre el contenido de la mediación penal, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento: ¿atenuante de reparación?; ¿instituto de la conformidad?; etc. Pero, sobre todo, en segundo lugar, porque el legislador exige que se le proporcione una información –que, insistimos, no identifica debidamente–, únicamente a una de las partes. La lógica sin duda, debe imponerse: no quiere ello decir que no se le vaya a facilitar al victimario. Con

⁷ Vid., ALONSO SALGADO, Cristina, “La justicia restaurativa en la reciente ‘novación’ del sistema de Justicia penal. Especial referencia a la Ley 4/2015, de 27 de abril, como encarnación de un despropósito”, en NEIRA PENA, A. M. (Dir.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, Atelier, Barcelona, 2016.

⁸ “Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las víctimas del delito”, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito>, pp. 39-40, consulta a 10/09/2019.

todo, lo cierto es que del tenor no se infiere la obligatoriedad de que esa misma información por determinar, se le proporciona también al victimario.

Sin duda, la acumulación de despropósitos en relación a la situación del victimario en la mediación penal⁹ es de tal envergadura que no puede ser catalogada como anecdótica. Revela, muy al contrario, una muy mejorable perspectiva restaurativa por parte del legislador.

Por otra parte, interesa también destacar en cuanto a la confidencialidad de la mediación que, de acuerdo con lo previsto en el apartado segundo del mismo artículo 15, la información volcada durante sus sesiones será confidencial. Así pues, no sólo no podrá ser revelada sin la conformidad de víctima y victimario, sino que, en buena lógica, los profesionales que intervengan en el procedimiento estarán sujetos a secreto profesional con respecto a lo conocido en el ejercicio de sus funciones. Ello no obstante, ninguna reforma propone la Ley 4/2015 para dar cuerpo a una regulación específica que sirva para garantizar el señalado secreto profesional.

A lo acabado de referir se limita la Ley en relación a la mediación penal. El bagaje en la materia resulta a todas luces absolutamente paupérrimo. A la vista del marco de referencia, ni que decir tiene que su desarrollo a través del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las Oficinas de asistencia a las víctimas del delito, tampoco sirvió para satisfacer expectativa alguna al respecto. En efecto, el Real Decreto poco o nada relevante aporta a lo que ahora interesa. A ello dedicaremos las líneas que a continuación siguen.

Como es sabido, las Oficinas de asistencia a las víctimas del delito deberán proporcionarles información sobre alternativas de resolución de conflictos con aplicación, en su caso, de la mediación y de otras medidas de Justicia restaurativa¹⁰, al menos, en la específica fase de información¹¹, así como en la fase de intervención, en la que se informará *"(...) sobre la posibilidad de acceder a justicia*

⁹ Solventados a última hora o pendiente de solución.

¹⁰ Artículo 19.19 del RD 1109/2015.

¹¹ En la que se hará mención de los servicios de Justicia restaurativa disponibles en los casos en que sea legalmente posible (artículo 27 del RD 1109/2015).

*restaurativa y, en su caso, sobre la aplicación de las medidas de esta naturaleza que puedan adoptarse*¹². De modo casi intuitivo sigue la pregunta: ¿en qué consiste esta información que debe ser facilitada? Habida cuenta de la más absoluta nada que describe la Ley, resulta evidente que las respuestas hay que buscarlas en el articulado del Real Decreto y, más en concreto, en el único artículo que el mismo dedica específicamente a la Justicia restaurativa y a la mediación penal¹³. En efecto, dispone el artículo 37 que las Oficinas podrán llevar a cabo tres actuaciones en materia de Justicia restaurativa: podrán informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de Justicia restaurativa; proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima; así como realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial. Con base en lo efectivamente dispuesto, estamos en condiciones de afirmar que las previsiones del RD 1109/2015 en relación al nuevo paradigma se circunscriben, en esencia, a apuntar los diferentes modos de facilitar información a las víctimas. Si bien se piensa, la conclusión no es en absoluto precipitada. Y ello porque, por un lado, más allá de esa función informativa, el Real Decreto no concreta en qué consisten esas *“actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial”*; además, por el otro, si bien es posible proponer casos al órgano jurisdiccional, ello se articula desde un muy restringido ángulo, en tanto que la formulación sólo parece factible en relación a la mediación, y no con respecto a otras metodologías propias del nuevo paradigma. A mayor abundamiento, conviene destacar la evidencia de una omisión más que reveladora: nada se apunta en la regulación acerca del procedimiento que debe ser seguido; ninguna indicación, pauta u orientación, ni siquiera en relación a los pasos fundamentales¹⁴.

En definitiva: no se explica lo que por *“actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial”* deba ser entendido; las Oficinas se limitan a informar; y cuando se las habilita para proponer supuestos al órgano jurisdiccional, se circunscribe la posibilidad únicamente a la mediación penal.

¹² Artículo 28 del RD 1109/2015.

¹³ Sí hay referencias en la Exposición de Motivos.

¹⁴ ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 100.

IV. UN SÍNTOMA: PROBLEMAS CON RESPECTO A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Se cierne sobre la regulación un problema de mayor enjundia que los hasta ahora analizados. Sobrevuela sobre lo poco que se dice en el articulado, tanto de la Ley, como del Real Decreto, el que, probablemente, sea el origen de buena parte de los problemas de la actual regulación de la mediación penal. En nuestra opinión, el legislador español incurre obstinadamente en un error de bulto de consecuencias más que conocidas: la indebida identificación entre Justicia restaurativa y mediación penal. La cosa viene de lejos. Y es que echando la vista atrás, ya la traducción al español de la Directiva utilizaba la referencia "Justicia reparadora" para aludir a lo que no era sino "Justicia restaurativa". Bien es cierto que durante algún tiempo la literatura especializada se refirió a ambas indistintamente de manera ambivalente. Con todo, a esas alturas, la cuestión conceptual-terminológica¹⁵ ya estaba meridianamente diáfana¹⁶. Con la transposición, la situación mejora sólo en el plano estrictamente formal, en tanto que, si bien en el texto comunitario la alusión a la "Justicia reparadora" interpela al cambio de paradigma del que el procedimiento mediador forma parte a título de metodología, en la literalidad de la Ley se identifica la "Justicia restaurativa" como sinónimo de mediación. Se confunde el todo y la parte. Y ello encuentra difícil explicación, porque, como se viene de analizar, la propia conceptualización de la Directiva transpuesta desautoriza la referida identificación, toda vez que de la definición es posible inferir los elementos de configuración básica de una pluralidad de formulaciones restaurativas.

¹⁵ De interés para el debate, *vid.*, GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La mediación penal: hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal: (fundamentos, principios, manifestaciones y perspectivas de futuro)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, "Estado de la mediación penal en España", *Revista General de Derecho Procesal*, número 49, 2019; BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

¹⁶ "Y es que en la versión en español de la Directiva no se emplea la palabra *reparación*. Resulta más que revelador el hecho de que si en algún momento se alude a tal idea es para referirse a la '*Justicia reparadora*' como sinónimo mal empleado (...) de justicia '*restaurativa*'. La imprecisión conceptual lleva a que lo que en la versión oficial en inglés es *restorative Justice*, en la versión oficial en español sea denominado '*Justicia reparadora*', contando el idioma español en su haber, con el adjetivo '*restaurativo*'. No se trata de una cuestión menor como hemos visto. No es pues, una cuestión terminológica, de mera traducción, sino por el contrario, se trata de una cuestión netamente conceptual", en ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 83.

El línea con la Ley que desarrolla, el Real Decreto tropieza con la misma piedra, al menos, parcialmente. Nótese que, tal y como se analizaba *supra*, si bien las Oficinas pueden informar a la víctima sobre las distintas metodologías restaurativas, lo cierto es que, con el tenor del artículo 37 en la mano, no pueden realizar actuaciones de apoyo a servicios que no sean de mediación extrajudicial, ni proponer al órgano judicial la aplicación de cualquier otra fórmula restaurativa –como un panel, por ejemplo–, aun cuando se estime provechoso para la víctima.

Insistimos: no hay justificación posible, más aún si se considera el contexto de la aprobación tanto de la Ley, como del Real Decreto. Conviene recordar que mientras la Comisión institucional –creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012– para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, mantiene con respecto a la conceptualización mediación-Justicia restaurativa un criterio más que riguroso en su propuesta de nuevo Código Procesal Penal (CPP), –aludiendo para ello, por cierto, a la Directiva–¹⁷, cuando, en efecto, se transpone el texto comunitario, la Ley procede en el sentido que se viene de explicar. En otras palabras: es “(...) *el mismo Ministerio de Justicia –en la misma legislatura– el que promueve la incorporación de la mediación en la PNCPP (...) y el que la confunde con la Justicia restaurativa en la Ley. Así pues, en dos actuaciones relacionadas, con el criterio de un mismo Ministerio*¹⁸, *efectuadas casi simultáneamente, se evidencia una actividad inconexa desarrollada de manera paralela, sin punto de convergencia a la vista*”¹⁹.

V. PARA FINALIZAR: MEDIACIÓN PENAL SÍ, PERO NO ASÍ

No podemos extendernos en más pormenores sobre nuestro objeto de estudio. Resulta evidente que la tibieza del legislador sitúa las posibilidades de la mediación penal y de la Justicia restaurativa en un marco más que limitado. Y ello no viene exigido por la Directiva de 2012 que, como sabemos, no delimitaba tan

¹⁷ Punto cuarto de la Exposición de Motivos del CPP.

¹⁸ La propuesta de nuevo CPP y el Proyecto de Ley surgieron bajo el Ministerio de Alberto Ruíz-Gallardón Jiménez, aunque la aprobación de la Ley 4/2015 tuvo lugar siendo Ministro de Justicia, Rafael Catalá Polo.

¹⁹ ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 98.

rigurosamente los espacios para el nuevo paradigma, ni para su buque insignia, la mediación penal. Transpuesta de esta manera la Directiva, el RD 1109/2015 opera en materia restaurativa, únicamente, como un digno continuador de la inercia errática de la Ley 4/2015.

A la vista de todo lo que se viene de señalar, la regulación de la mediación en el sistema de Justicia penal español²⁰ dista de ser medianamente satisfactoria. Revela un grado de confusión y una falta de garantías más que preocupante. Nada se dice en relación a la información que se debe ofrecer y a las consecuencias de la mediación, cuestión ésta que, por cierto, sí aparecía prevista en los artículos 143-146 del CPP; nada en relación a las fases²¹; nada con respecto a los engarces procesales o sustantivos preferentes; nada sobre la formación que deben acreditar los facilitadores, el procedimiento que deben seguir; etc.; nada que ver con la Ley de Asuntos Civiles y Mercantiles; nada que ver siquiera con el CPP.

Lejos quedan ya los tiempos en los que se negaban sin fundamento alguno las virtualidades de la mediación penal. Aclarado por tanto, que constituye un elemento de interés para el sistema de Justicia penal de adultos, no se entiende el páramo yermo al que el legislador la condena. Coincidimos con ORDEÑANA GEZURAGA²² en la consideración crítica en relación a la ausencia de una ordenación sistemática y completa de una metodología que sigue implementándose “(...) con base en protocolos, y en disposiciones legislativas aisladas y no coordinadas”. Y no es poco decir. Conviene notar todo lo que ello comporta: ¿y la seguridad jurídica?; ¿y el principio de igualdad?; etc.

En suma, la regulación propuesta tanto en la Ley como en el Real Decreto se limita, en esencia, a explicitar la existencia de la mediación, pero sin desgranar aquellos aspectos absolutamente fundamentales para poder hacerla efectiva. Lo expresado resulta tan deliberadamente limitado, que sólo puede explicarse con

²⁰ Siempre nos estamos refiriendo al ámbito de los adultos.

²¹ Al respecto *vid.*, RÍOS MARTÍN, Julián Carlos (Dir.), *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos : experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016.

²² ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, “¿Hasta cuándo vamos a seguir así señor/a legislador/a? o sobre por qué ya no se puede defender la mediación penal en el marco jurídico vigente”, en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 504-508.

base en la voluntad del legislador español de no incurrir en un nuevo incumplimiento de las exigencias comunitarias. Únicamente en el ánimo de cumplir con lo comprometido, cabe interpretar la reducción simbólica a la nada que se propone en relación a nuestro objeto de estudio, porque, como acabamos de analizar, en conjunto, lo examinado no permite sino concluir que, la actual regulación de la mediación penal y de la Justicia restaurativa constituye un auténtico y deliberado despropósito.

Bibliografía

ALONSO SALGADO, Cristina, "La justicia restaurativa en la reciente 'novación' del sistema de Justicia penal. Especial referencia a la Ley 4/2015, de 27 de abril, como encarnación de un despropósito", en NEIRA PENA, A. M. (Dir.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, Atelier, Barcelona, 2016.

ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, "Estado de la mediación penal en España", *Revista General de Derecho Procesal*, número 49, 2019.

GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La mediación penal: hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal: (fundamentos, principios, manifestaciones y perspectivas de futuro)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, "¿Hasta cuándo vamos a seguir así señor/a legislador/a? o sobre por qué ya no se puede defender la mediación penal en el marco jurídico vigente", en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos (Dir.), *La mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016.

PROCESO PENAL DEL MENOR Y CAMBIOS EXIGIDOS POR LA DIRECTIVA (UE) 2016/800, RELATIVA A LAS GARANTÍAS PROCESALES DE MENORES SOSPECHOSOS O ACUSADOS EN LOS PROCESOS PENALES

Coral Arangüena Fanego¹
Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Valladolid)

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN Y DE JUSTIFICACIÓN DEL TEMA²

El profesor Martín Ostos, a quién van dedicadas estas páginas, se sorprendía en 1992 con ocasión de la reforma operada en la legislación de menores de que una modificación de tanta envergadura como la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción de ese proceso, que aparecía por primera vez en la historia de nuestro ordenamiento procesal de forma sorpresiva y sin debate previo, fuera recibida sin aparente preocupación por parte de los sectores jurídicos implicados³.

Esta despreocupación y/o menor atención dispensada a la justicia de menores y a la legislación que la regula, se ha mantenido y llega hasta nuestros

¹ coral.aranguena@uva.es

² Trabajo realizado en el marco de diversos Proyectos y Grupos de Investigación: Plan Nacional I+D+i –Excelencia– Ministerio de Economía y Competitividad: “Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea” –DER 2016-78096-P–; Junta de Castilla y León: “Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio” –VA-135-G18–; Generalitat Valenciana “Claves de la justicia civil y penal en la sociedad del miedo” –Prometeo 2018/2011–; Grupo de Investigación Reconocido, Universidad de Valladolid: “Garantías procesales y Unión Europea”; FEDER-Junta de Andalucía, UMA18-JA175: “Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado del Bienestar”. Se corresponde con la ponencia que impartí sobre el tema en la Universidad de Sevilla el 19 de septiembre de 2019 en el marco del I Congreso Internacional *La Administración de Justicia en España y en América*.

³ Vid. Martín Ostos, J., “La instrucción del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores: punta de lanza de la reforma procesal que viene”, en Jimeno Bulnes y Pérez Gil, *Nuevos horizontes del Proceso Penal. Libro Homenaje al Profesor E. Pedraz Penalva*, JM Bosch ed., Barcelona, 2016, p. 743.

días. Novedades tan relevantes como la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima que implementa la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas del delito, no han tenido reflejo alguno en la vigente Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM, en adelante⁴).

Tampoco lo han tenido las Directivas sobre garantías procesales que se han sucedido a partir de 2010, aprobadas en el marco del Plan del Consejo UE para el reforzamiento de los derechos de los sospechosos y acusados en procesos penales en la Unión Europea; ni siquiera la Directiva que se dedica específicamente al reforzamiento de las garantías procesales de los menores investigados o acusados [Directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo], lo cual resulta inexplicable.

Soslayando la desidia de nuestro legislador, que ha dejado pasar la fecha límite (11 de junio de 2019) para la transposición de la norma europea sin tomar medida alguna, acaso en la tan complaciente como errónea idea de que la LORPM cumplía ya con todas las garantías mínimas que aquella contemplaba, dedicaremos estas líneas a exponer las exigencias que incorpora la Directiva y a esbozar los cambios que en nuestra opinión sería necesario realizar.

II. LA NECESIDAD DE REFOZAR EN LA UNIÓN EUROPEA LOS DERECHOS DE LOS MENORES INVESTIGADOS Y ACUSADOS EN PROCESOS PENALES: LA DIRECTIVA (UE) 2016/800

La Directiva (UE) 2016/800 da cumplimiento para una particular categoría de sujetos vulnerables, los menores de edad, a la medida E) –salvaguardias especiales para acusados o sospechosos vulnerables– del Plan de trabajo del Consejo de la Unión Europea para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales⁵.

⁴ Que en esta materia parece haberse quedado varada en la reforma acometida por L.O. 8/2006 que, aunque muy relevante, no cubre en modo alguno las nuevas exigencias introducidas por la Directiva. Véase, para un examen comparativo de ambas realidades Martín Ríos, P., “La reforma del papel de la víctima en el proceso penal de menores. Especial referencia a la L.O.8/2006, de 4 de diciembre”, *Revista de Ciencias Jurídicas e Sociais de UNIPAR*, vol. 10, nº 1, 2007, págs. 25-44 y Arangüena Fanego, C., “El Estatuto de la Víctima”, *Cuadernos digitales de formación. Consejo General del Poder Judicial*, Volumen 37, 2015.

⁵ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 (DOUE C 295/01, de 4.12.2009).

Adviértase que a diferencia del inicial Plan del Consejo de 2009 que no focalizaba exclusivamente sobre los menores las acciones a realizar, la estrategia finalmente seguida ha sido dotar a esta particular categoría de sujetos vulnerables de un tratamiento propio mediante la aprobación de una Directiva *ad hoc*. Para las restantes categorías de sujetos vulnerables se ha optado en cambio por una norma de *soft Law* (Recomendación de la Comisión sobre garantías procesales para personas vulnerables sospechosos o acusadas en procesos penales⁶) que viene a sumarse a algunas disposiciones específicas diseminadas por las restantes Directivas en la materia (traducción, información, asistencia letrada) con el fin de que los Estados miembros adapten los derechos y garantías que reconocen a la situación de particular vulnerabilidad que ofrecen determinadas personas. Las especiales características de este colectivo (menores), la clara situación de vulnerabilidad de que adolecen y la existencia en el ámbito UE de profundas diferencias a la hora de su tratamiento por la justicia penal que se ponen de manifiesto ya desde el mismo instante de fijar la mayoría de edad penal, justifican esta opción del legislador europeo⁷.

Su *finalidad*, enunciada en el art. 1 y Considerando 1, es la de establecer una serie de normas mínimas comunes sobre determinados derechos de los menores sospechosos o acusados en procesos penales o sujetos a una orden de detención europea, para que puedan comprender y seguir en condiciones adecuadas el proceso penal, ejercer su derecho a un proceso equitativo, prevenir la reincidencia y fomentar su reinserción social tomando en cuenta el interés superior del menor.

Su *ámbito territorial o espacial* de aplicación coincide con todo el territorio de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca en atención a su *opt-out* en lo relativo al Espacio de Libertad Seguridad y Justicia que le garantiza el Protocolo 22 al TUE, y de Irlanda que no hizo uso de su *opt-in* y no participó en su adopción

⁶ Recomendación de 27 de noviembre de 2013 (DOUE C 378, de 24 de diciembre de 2013).

⁷ Sobre la génesis y tramitación de esta Directiva vid. Cras S., “The Directive on Procedural Safeguards for Children who Are Suspects or Accused Persons in Criminal Proceedings. Genesis and Descriptive Comments Relating to selected Articles”, *Eucrim*, 2016, nº 2, págs. 109 a 120; Rap, S.E. y Zlotnik, D., “The Right to Legal and Other Appropriate Assistance for Child Suspects and Accused. Reflections on the Directive on Procedural Safeguards for Children Who are Suspects or Accused Persons in Criminal Proceedings”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, nº 26, págs. 110-131.

sin que por tanto le resulte vinculante⁸. Con ello se ahonda en la brecha existente en el espacio de Libertad y Justicia europeo, remarcando esa lamentable asimetría existente en orden al respeto de un catálogo mínimo de derechos y garantías procesales comunes.

Su *ámbito de aplicación subjetivo* se circunscribe, como es evidente, a los menores de edad tal y como esta se define en el texto: menores de dieciocho años.

Precisamente uno de los principales aciertos de la Directiva ha sido la de definir como menor de edad (a efectos de la observancia de los derechos y garantías que reconoce) al menor de dieciocho años en el momento de comisión del hecho punible y que queda sometido al proceso penal y/o resulta buscado en virtud de una orden europea de detención⁹, con independencia de que las legislaciones nacionales tomen o no esa referencia de edad como base para determinar la exigencia de responsabilidad penal y al objeto de favorecer una mejor armonización de derechos (arts. 2.5 y 3.1).

Y se completa con una interesante presunción de minoría de edad que plasma en el art. 3 *in fine* para cuando persistan dudas al respecto y un llamamiento a los Estados miembros para que apliquen y/o mantengan todas o buena parte

⁸ Y sin perjuicio de que un futuro y en una etapa posterior pueda sumarse a ella. Todo ello de conformidad con los arts.3 y 4 del Protocolo nº 21 sobre la posición de Reino Unido y de Irlanda con respecto al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Reino Unido siguió la misma solución que Irlanda si bien dada la reciente salida de la UE (Brexit) nos excusa de hacer mayor referencia.

⁹ Fijada siempre con arreglo a unos criterios cronológicos y teniendo en cuenta que la edad en que puede ser exigible responsabilidad penal no debe confundirse con la mayoría de edad penal, por tratarse de dos conceptos jurídicos diversos. Mientras que la primera determina el momento a partir del cual un menor de edad tiene edad suficiente para ser responsable penalmente de una infracción, la mayoría de edad hace referencia a aquélla a partir de la cual una persona que ha cometido una infracción penal queda sujeta al Derecho Penal común. Sobre estas dos cuestiones véase la STJUE (Gran Sala) de 23.01.2018, *Dawid Piotrowski*, C-367/16, EU:C:2018:27 y el comentario a esta sentencia de Arangüena Fanego "Entrega de menores reclamados en virtud de una orden europea de detención y entrega. Garantías procesales", ponencia presentada en el 3th Annual Meeting of the Spanish Hub (Madrid, 8 de mayo de 2018), publicada en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, vol. II, Madrid, 2020, pp. 87-100.

de las garantías que reconoce¹⁰ a quienes habiendo cometido el hecho siendo menores, alcancen los dieciocho años mientras siguen sujetos al proceso penal y hasta que cumplan veintiuno¹¹.

La edad de 18 años elegida por la Directiva como franja para identificar al sujeto beneficiado por los derechos que incorpora (al menor¹²) se encuentra en armonía con las recomendaciones efectuadas por instrumentos internacionales –v.gr. art.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño–. Y presenta el valor añadido de que para su comprobación indica como recursos preferentes las declaraciones del propio menor, pruebas documentales y sólo de no resultar concluyentes acudir a un reconocimiento médico¹³.

Su *ámbito objetivo de aplicación* vuelve a coincidir con el que se recoge con carácter general para la mayor parte de las precedentes Directivas aprobadas por la UE en materia de garantías procesales pues se extiende a los procesos

¹⁰ Art. 2.3 y Considerandos 11 y 12. En la Propuesta de la Comisión se trataba de una solución preceptiva, pero ante la fuerte oposición de algunos Estados miembros durante las negociaciones, se tornó en una previsión de aplicación opcional para los Estados en el texto que salió del Consejo y fue tras su paso por el Parlamento cuando recuperó su carácter preceptivo aunque sometido a ciertas atemperaciones: la extensión de las garantías una vez cumplidos los 18 tiene el límite de los 21, puede reducirse a determinadas previsiones de la Directiva excluyéndose en cualquier caso las que hacen referencia a los titulares de la patria potestad y se aplicarán caso por caso atendidas las circunstancias concretas y la madurez y vulnerabilidad de la persona concernida (vid. Al respecto Cras, S. “The Directive on the Procedural Safeguards...”, cit., p. 112).

¹¹ Demetrio Crespo y Sanz Hermida indican que con tal solución se dota al sistema de cierta flexibilidad en su aplicación, de manera que además puede coincidir con los distintos modelos de justicia juvenil que puede haber en los ordenamientos internos, tanto en supuestos como el español, que tiene como límite máximo infranqueable los 18 años de edad, como otros que posibilitan la ampliación de este sistema a los denominados “jóvenes delincuentes”, como es, por ejemplo, el sistema alemán (Demetrio Crespo. E. y Sanz Hermida, A., “Avances en el reconocimiento de los derechos de los menores sospechosos o acusados en procesos penales: la nueva Directiva 2016/800”, *Revista General de Derecho Penal*, 2016, nº 26).

¹² En realidad, la Directiva no utiliza el concepto de “menores” (minors) que maneja la versión española, sino el de “niños”. Aunque la Comisión inicialmente barajó el empleo del primer término, finalmente se inclinó por el último (children) al ser también el utilizado en normas internacionales, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) y las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños (2010).

¹³ Reconocimiento médico practicado de modo que se respeten estrictamente los derechos del menor, así como su integridad física y dignidad humana (Considerando 13).

penales en sentido estricto¹⁴ y, además, a aquéllos de naturaleza no penal siempre que prevean una vía de recurso ante un órgano judicial penal (y limitado a esta última fase), así como a los procedimientos de ejecución de una orden europea de detención y entrega (art. 2.1 y 2.6).

Desde el punto de vista de su *ámbito de aplicación temporal*, y en lo relativo al *dies a quo*, a diferencia de las Directivas precedentes A, B, y C¹⁵ que fijaban el momento a partir del cual eran aplicables con referencia a aquél en que a una persona se le informaba mediante notificación oficial o de otra forma (v.gr. detención) de que es sospechosa de la comisión de una infracción penal, aquí se ha considerado conveniente cambiar el enfoque, al menos como punto de partida general, en línea con lo que también hizo su coetánea Directiva (UE) 2016/800 en lo relativo a la presunción de inocencia¹⁶. Y adelantar su aplicación al momento mismo en que el menor es sospechoso o acusado, sin posponerlo a aquél en que se le comunica su condición de tal. Solución justificada en atención a que algunas de las garantías que incorpora (en particular el derecho a la protección de la vida privada) para que realmente fueran efectivas era necesario aplicarlas en un momento más temprano del proceso en el que todavía el menor no ha adquirido como tal la condición de investigado o acusado. De ahí que el art. 2 se limite a decir que se aplica “a los menores sospechosos o acusados en procesos penales”.

¹⁴ Con alguna matización respecto a los seguidos por infracciones leves, puesto que la Directiva limita su aplicación en este caso a los supuestos en que se pueda acordar en ellos la privación de libertad del menor art. 2.6.b) e inciso final y Considerandos 14 y 16.

¹⁵ Terminología con la que se conoce a las Directivas 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales; 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. Sobre su incidencia en la justicia de menores vid. Fernández Molina, E., Vicente Márquez, L. y Tarancón Gómez, P., “Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal”, *Indret*, nº 2, 2017.

¹⁶ Véase art. 1 de la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, 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, que adopta idéntica solución con relación al derecho a la presunción de inocencia.

No obstante, y pese a este punto de partida general, lo cierto es que dicho momento se concreta posteriormente de manera específica en relación con dos de los principales derechos que asisten al menor en todo proceso penal¹⁷ (información y asistencia letrada) así como en los casos de aplicación en procedimientos de entrega con base en una euroorden.

Así en el art. 4.1 respecto del derecho a la información, que se hará operativo cuando se ponga en conocimiento del menor su condición de sospechoso o acusado, con tres fases o momentos para hacerlo efectivo: el de comunicación de su condición de sospechoso, el de inicio de actuaciones procesales y el de privación de libertad, variando en cada caso el tipo de derechos de que se ha de informar con la finalidad de que sean precisamente los adecuados y relevantes para cada una de las fases¹⁸. Se evita así un suministro excesivo de información concentrado en un único momento que por su volumen impida la correcta comprensión por su destinatario.

Por otra parte y en lo que se refiere al derecho a la asistencia letrada (art. 6.3) indicándose –al modo en que también se hacía en la Directiva general sobre este derecho¹⁹– cuatro momentos distintos para que se haga efectivo a partir del primero de ellos que tenga lugar: con carácter previo al interrogatorio policial o judicial; en el momento en el que las autoridades de investigación u otras competentes realicen una actividad de investigación o de obtención de prueba (como ruedas de reconocimiento, careos o reconstrucción de hechos); sin demora indebida tras la privación de libertad; con suficiente antelación a la comparencia ante la autoridad judicial ante la que hubieran sido citados.

¹⁷ Proceso penal en sentido amplio. Obsérvese que de conformidad con lo previsto en su art. 2 apartados 1) y 6) la Directiva se aplica no solo a los procesos penales en sentido estricto; también en aquéllos otros de naturaleza no penal (v.g. de tipo administrativo sancionador) siempre que prevean una vía de recurso ante un órgano judicial penal y limitado a esta última fase, así como a los ya citados procedimientos para la ejecución de una orden europea de detención y entrega.

¹⁸ Lo que se acompaña de una obligación de dejar constancia de la información facilitada de acuerdo con el procedimiento que en cada legislación nacional prevea (art. 4.2) con la finalidad de garantizar que la información ha sido proporcionada realmente.

¹⁹ Art. 3.2 de 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. Sobre esta previsión temporal, coincidente en ambas Directivas, véase STJUE de 12 de marzo de 2020, VW, C-659/18, EU:C:2020:201.

Finalmente, y para el caso de las garantías que han de observarse en la ejecución de una euroorden se fija para su operatividad el momento de la detención en el Estado de ejecución (art. 2.2).

En cuanto al *dies ad quem*, el contenido de la norma europea se aplicará hasta que la decisión definitiva que recaiga en el proceso devenga firme, según se deriva del art. 2.1 y siguiendo la misma solución que las precedentes Directivas en materia de garantías procesales. Es cierto que en este caso hubiera sido más que conveniente extender la aplicación de la Directiva a la fase de ejecución habida cuenta de la importancia que presenta en el proceso penal del menor, e incluso se debatió durante las negociaciones. Sin embargo, varios Estados miembros consideraron que la referencia en el art. 82.2. b) del TFUE²⁰ a “los derechos de las personas en el procedimiento penal” significaba que se carecía de competencia para adoptar legislación aplicable a la fase de ejecución, puesto que el proceso penal ya habría concluido. Así pues, la Directiva no se aplica a la fase de ejecución.

III. DERECHOS QUE GARANTIZA LA DIRECTIVA

El elenco de derechos que efectúa la norma europea es amplio, aunque buena parte de ellos ya habían sido objeto de reconocimiento y desarrollo en Directivas anteriores, si bien referidos a sospechosos o acusados “mayores”. Entre la nueva Directiva y las precedentes media una relación de complementariedad (que no de subsidiariedad)²¹, de modo que la nueva Directiva integra con carácter general aquellos derechos con las debidas modulaciones en atención, precisamente, a la

²⁰ Recuérdese que este precepto constituye la base jurídica sobre la que se adopta la Directiva (“En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a:... b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal”).

²¹ En este sentido Serrano Masip, M., “Garantías procesales penales específicas reconocidas a menores sospechosos o acusado”, en Jimeno Bulnes (dir), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, 2016. pág. 235.

menor edad de los sujetos titulares de los mismos, y completa el estatuto jurídico del menor infractor con otros adicionales y específicos que establece.

Veámoslos sumariamente:

- Derecho a la información con carácter amplio, incluyendo su facilitación al titular de la patria potestad (arts. 4, 5 y 17). Información que comprende tanto los derechos procesales de que goza el menor, proporcionada con arreglo a las exigencias de la Directiva 2012/13/UE, como de los aspectos generales del proceso. Y todo ello suministrado en un lenguaje sencillo y accesible, adaptado a la edad y circunstancias del menor, que le permita tal comprensión y seguimiento.
- Derecho a la asistencia letrada y a la asistencia jurídica gratuita (arts. 5, 17 y 18), si bien establece una serie de matizaciones y/o excepciones criticables en cuanto limitan de manera sensible su inicial potencial. Me refiero a la posibilidad de excepcionar el carácter preceptivo de la asistencia letrada si no se considera proporcionada a las circunstancias del caso (art. 6.6) y posponer el momento de prestarla si concurren circunstancias excepcionales (art. 6.8). Y a la criticable generosidad con que se admite la renuncia del menor a la asistencia letrada²², bastando que tal renuncia cumpla los requisitos generales marcados por la Directiva 2013/48/UE, sin tener en cuenta la vulnerabilidad intrínseca que presenta un menor de edad y que la propia Directiva 2013/48/UE en su art. 13 exige garantizar a los Estados miembros²³.

²² Obsérvese que, si bien la Directiva no prevé expresamente la posibilidad ni los requisitos de la renuncia, la remisión que efectúa a la Directiva 2013/4/UE implícitamente la admite. Abunda en este sentido el hecho de que la prohibición expresa de la renuncia que se hacía en la inicial Propuesta de la Comisión desapareció del texto finalmente aprobado. Con todo, hay quien hace una lectura alternativa y garantista considerando que el apartado 1 del art. 6 de la Directiva de 2016 dice expresamente que “[ninguna disposición de la presente Directiva, y en particular del presente artículo, afectará a este derecho” [derecho a la asistencia letrada], por lo que cabe la posibilidad de interpretar que en el caso de los menores no se admitirla la renuncia a la defensa letrada (Así Pérez Marín, M.A. (2016) “El reconocimiento en la Unión Europea del derecho de defensa del menor: La Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales”, *Revista internacional Cosinter de Direito*, año II - vol. III, Madrid, 2016).

²³ Vid. sobre este punto la crítica de Rap, S.E. y Zlotnik, D. “The Right to Legal and Other Appropriate Assistance...”, op. cit., pp. 121-122 y de Serrano Masip, M., “Garantías procesales penales...”, op. cit., págs. 237-238.

- Derecho a una evaluación individual (art. 7), en la fase más temprana del proceso con la doble finalidad de que las necesidades específicas de los menores en materia de protección, educación, formación e inserción social sean tenidas en cuenta y de servir a las autoridades competentes para determinar si procede adoptar alguna medida específica en favor del menor, evaluar la adecuación y efectividad de las eventuales medidas cautelares y adoptar decisiones o medidas en el proceso penal, incluida la imposición de la condena. En dicha evaluación individual que se ha de llevar a cabo por personal cualificado y con la participación del menor, se tendrán en cuenta, en particular, la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, así como cualquier vulnerabilidad específica que pueda tener el menor.
- Derecho a un reconocimiento médico (arts. 8 y 17 y Considerando 41) para todo menor privado de libertad con objeto de evaluar, en particular, su estado físico y mental general y cuyos resultados se tendrán en cuenta al determinar la capacidad del menor para someterlo a un interrogatorio, a otras medidas de investigación o de obtención de pruebas, o a cualquier medida adoptada o prevista contra él.
- Grabación audiovisual de los interrogatorios policiales (art. 9) cuando ello sea proporcionado a las circunstancias del caso; en particular de si está o no presente el letrado del menor y de si éste se halla privado de libertad.
- Incorporación de garantías específicas en relación con la privación de libertad que se considera última *ratio*²⁴ de duración limitada y sometida a revisiones periódicas a intervalos razonables (arts. 10 a 12 y 17).
- Derecho a una tramitación rápida y diligente de los asuntos (arts. 13 y 17), informada por las exigencias del proceso equitativo y por el principio de interés superior del menor que exige la protección de su dignidad y

²⁴ Vid. STJUE (Gran Sala) de 23.01.2018, *Dawid Piotrowski*, C-367/16, EU:C:2018:27, en la que hace un interesante estudio de las interrelaciones de esta Directiva [de la que cita expresamente sus arts. 1 b) y 17] con las exigencias de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13.06.2002, relativa a la orden de detención europea. Sobre esta sentencia permítaseme remitir, de nuevo, a Arangüena Fanego, C., “Entrega de menores reclamados...”, op. cit.

un tratamiento adecuado a su edad, madurez y nivel de comprensión, y se completa y refuerza con el derecho a la protección de la vida privada que puede condicionar la publicidad del proceso y requerir la autorregulación de los medios de comunicación (arts. 14 y 17).

- Derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad (u otro adulto adecuado²⁵) en las vistas en que participe, pudiendo ampliarse a otras actuaciones procesales diversas si así lo autoriza la autoridad competente en atención al interés superior del menor y habida cuenta de que no perjudica el curso normal del proceso. (arts. 15 y 17).
- Derecho a estar presente y participar en el propio juicio, regulado en el art.16 de la Directiva, aunque hubiera sido conveniente recoger expresamente el derecho del menor a ser escuchado, reconocido en el art. 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, y que no debe limitarse –como parece dar a entender el art. 16 de la Directiva– al momento del juicio. Todo ello en atención a la doctrina del TEDH recogida en su sentencia de 11 de octubre de 2016 en el caso *Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra v. España*.

IV. CAMBIOS EXIGIDOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Como ya se ha adelantado, el plazo de transposición de la Directiva expiró el 11 de junio de 2019, sin que el legislador nacional apenas haya tomado medida alguna al respecto, en la creencia quizás de que nuestra legislación procesal penal de menores cumple las exigencias de la norma europea.

Únicamente puede citarse como acertada medida de transposición la reforma operada en el art. 50 de la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM) que afecta a los menores de edad detenidos en virtud de una euroorden y que da cumplimiento a la exigencia

²⁵ Designado por el menor y aceptado como tal por la autoridad competente cuando la presencia del titular de la patria potestad no sea posible por desconocerse su identidad o no haber sido localizado, o no resulte conveniente por ser contraria al interés superior del menor o por comprometer seriamente el proceso penal en atención a las circunstancias objetivas o fácticas concurrentes. En el Considerando 58 se cita como ejemplo de tales circunstancias aquellas que indiquen o hagan sospechar que pueden destruirse o alterarse pruebas, los testigos pueden ser objeto de injerencias o el titular de la patria potestad haya podido estar involucrado junto con el menor en la presunta actividad delictiva.

del art. 10.1 de la Directiva de velar por que la privación de libertad de los menores sea por el menor tiempo posible. De este modo y tras indicarse en el apartado 1) del art. 50 LRM que “La detención de una persona afectada por una orden europea de detención y entrega se practicará en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la legislación en materia de responsabilidad penal de menores” añade el apartado 2) que “En el plazo máximo de setenta y dos horas tras su detención, la persona detenida será puesta a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. En el caso de menores de edad, a partir de los 14 años, el plazo se reducirá a veinticuatro horas, en el que el menor detenido será puesto a disposición del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, conforme a la legislación en materia de responsabilidad penal de menores. La puesta a disposición judicial será comunicada a la autoridad judicial de emisión”.

Más allá de esta concreta reforma legislativa, nada se ha hecho. Y considerar que la LORPM cumple con todas las exigencias de la Directiva se nos antoja una interpretación tan complaciente como errónea puesto que a nuestro juicio existen varias previsiones en la Directiva que requieren la realización de modificaciones en nuestra legislación.

En primer lugar, es necesario determinar la forma en que se hará efectivo el derecho a la información de los menores de edad lo que incluye tanto las personas encargadas en cada momento de hacerlo efectivo y la forma de llevarlo a cabo. Y, asimismo, determinar la información que ha de facilitarse al titular de la patria potestad (o, en su caso, otra persona que designe el menor) con la posibilidad añadida de efectuarse (de ser necesario) por medio de intérprete.

Se echa en falta, asimismo, una mínima regulación del derecho del menor a ser acompañado por un adulto adecuado, aparte de su representante legal, pues las alusiones genéricas de la LORPM no cumplen en modo alguno las exigencias del art. 15 de la Directiva²⁶.

²⁶ Coincidimos con el criterio de Jiménez Martín cuyos planteamientos seguimos en este punto [“Garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en el proceso penal: cuestiones derivadas de la Directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo”, en Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M. (dirs), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 177-200].

Es preciso definir claramente cómo y cuándo se realizará su evaluación individual, así como su correspondiente actualización a lo largo del proceso. Y regular mínimamente el modo de llevar a cabo la determinación de la edad en los casos en que haya duda.

Idéntica necesidad apreciamos en cuanto a la concreción en cada etapa o fase procesal del derecho del menor a ser escuchado, estableciendo cauces reales y efectivos para ello. Como ha advertido la doctrina²⁷, si se examina con atención el texto de la LORPM prácticamente sólo se contempla tal derecho desde la perspectiva del letrado del menor (derecho de defensa), lo que no es propiamente igual al derecho del menor a ser escuchado. Y esto genera un claro déficit en cuanto a la posibilidad real del menor de poder intervenir y expresar su opinión²⁸, que debe ser subsanado.

Y, no menos importante, es necesario introducir un control periódico de oficio de las medidas cautelares que conlleven privación de libertad²⁹. Al igual que sería muy conveniente introducir una previsión expresa sobre el carácter excepcional y subsidiario que estas medidas revisten y que, de ser imprescindible su adopción, sólo debe hacerse por el menor tiempo posible teniendo en cuenta la edad y situación individual del menor, así como las circunstancias particulares del caso³⁰.

²⁷ Vid. Jiménez Martín, J., “El derecho a la asistencia letrada del menor de edad sospechoso o acusado: cuestiones derivadas de las Directivas europeas”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 1-2019 (Cooperación judicial transfronteriza y garantías procesales).

²⁸ Déficits claramente percibidos por los propios menores, como se pone de manifiesto en el estudio de Fernández Molina, E., Bermejo Cabezas, M.R., Baz Cores, O. “Percepciones de los jóvenes infractores sobre la justicia de menores”, *Revista Española de Investigación Criminológica* Artículo 10, Número 16 (2018).

²⁹ Puesto que el control a instancia de parte que también reclama la Directiva sí está ya cumplido en la LORPM con el recurso de apelación que se admite frente al auto del Juez de Menores (o Juez Central de Menores) en el art. 41 en relación con el art. 28.

³⁰ Coincidimos con Pillado González en la conveniencia de que conste esta mención expresa en la LORPM, pese a que esta excepcionalidad de la medida y su condición de *última ratio* está recogida en la LECrim (art. 502) de aplicación supletoria (Pillado González, E., “Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de responsabilidad penal del menor”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 48, 2019, pág. 87).

Entendemos también que hubiera sido necesario haber aprovechado la ocasión que brindaba la transposición de la Directiva 2016/800 para actualizar y/o clarificar algunos extremos poco precisos de la ley que han dado lugar a ciertas prácticas en la tramitación de las causas frente a menores que hoy deben ser desterradas por exigencias de esta Directiva.

Nos referimos por una parte a la posibilidad, aceptada incluso por el Tribunal Constitucional³¹, de poder prescindir de la presencia del menor investigado ante el Ministerio Fiscal durante la instrucción del expediente cuando el interés superior del menor así lo aconseje; posibilidad ésta que a partir de este momento ni siquiera se ha de admitir con carácter residual y/o excepcional puesto que al margen de que no se compadece con los derechos de información y de defensa del menor lo impide, a nuestro juicio, la preceptiva evaluación individual del menor que impone el art. 7 de la Directiva.

Asimismo, y por otra parte, a la conveniencia de clarificar una cuestión sobre la cual hasta la fecha sigue habiendo dudas: la viabilidad de celebrar la audiencia en ausencia del menor. Se trata de un extremo sobre el cual ha habido posiciones encontradas de la Fiscalía (que lo admite con base en la aplicación supletoria de la LECrim y, en consecuencia, del régimen previsto para el procedimiento abreviado) y de algunas Audiencias (que lo rechazan, al considerar que no debe jugar aquí la supletoriedad de la LECrim, puesto que el art. 35.1 de la LORPM impone la presencia del menor durante la celebración de la audiencia). Aunque tanto la Directiva 2016/800 como la Directiva 2016/343 contemplan la posibilidad de juicios en ausencia, somos de la opinión de que el art.35 de la LORPM impone con claridad la presencia del menor en la audiencia y, por tanto, dada la cláusula de *no regresión* que recogen las Directivas³², no será factible aprovechar su transposición para introducir en la ley la posibilidad de juicio en ausencia³³.

³¹ Vid. STC (Pleno) 146/2012, de 5 de julio, FJ 8º. Consúltese Serrano Masip, M. "Garantías procesales penales específicas...", op. cit., págs. 256-258.

³² Vid. art. 23 de la Directiva (UE) 2016/800.

³³ Cfr. Serrano Masip, M. "Garantías procesales penales específicas...", op. cit., págs. 258-259, quien en cambio admite que dependerá del legislador español mantener o no vigente la controversia puesto que ambas Directivas asumen la posibilidad de que el menor pueda ser declarado penalmente responsable sin que haya estado presente en el propio juicio.

Finalmente advertimos también de la necesaria (y todavía pendiente) incorporación a la LORPM de varios extremos que hubieran debido ser incluidos ya en 2015, cuando se implementaron las Directivas A, B, C.

Así, y con relación a la Directiva 2010/64/UE, extender la asistencia de intérprete a los padres de los menores detenidos y acusados cuando aquellos no conozcan el idioma³⁴, y a incluir expresamente entre los documentos esenciales que deben ser traducidos, el acuerdo de conciliación con la víctima y/o reparación del daño, así como del programa educativo de individualización de la medida³⁵.

Asimismo, y en atención a las exigencias de la Directiva 2012/13/UE, incluir de manera expresa el derecho del menor a ser informado con el grado de detalle suficiente de los hechos que se le atribuyen, de los detalles y fases del procedimiento y de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados lo que, como antes ya se advirtió, pasa por la obligatoriedad de su comparecencia en la tramitación del expediente. La especificidad de la información que se le ha de proporcionar al menor hace inviable considerar suficiente en este extremo la supletoriedad de la LECrim y de su art. 118.

Igualmente, debería introducirse alguna previsión en relación con la necesidad de que toda esa información se proporcione en un lenguaje claro y sencillo, que los menores puedan comprender³⁶, y de la entrega al menor detenido de un documento que informe de los derechos que le asisten, que pueda conservar en su poder, y que esté redactado en un nivel de *lecturabilidad* adecuado³⁷ para el grado de comprensión lectora que tiene un menor de edad, sin mucha formación académica.

³⁴ Vid. arts. 17.2, 22.2, 35.1, 48.2, 50.2, 57.2 m), 64.3 de la Ley Orgánica 5/2000.

³⁵ Vid. arts. 19 y 44.2.c) de la Ley Orgánica 5/2000.

³⁶ Vid. arts. 17 y 22 de la Ley Orgánica 5/2000. Añade en este punto Laro González que esta información debe proporcionarse por profesionales con un adecuado nivel de formación y mediante el empleo de técnicas psicopedagógicas que se adecúen a las circunstancias del menor (Laro González, E. "Derechos y garantías del menor en el proceso penal. Armonización legislativa y necesidades procesales", *La Ley Unión Europea*, nº 73, septiembre 2019).

³⁷ Rights International Spain indica que "En la elaboración de este documento se debería recurrir al empleo de elementos visuales como pictogramas que puedan ayudar a su comprensión para un menor que, incluso, puede no comprender el castellano. El legislador podría inspirarse en la Guía de acceso a la justicia en lectura fácil para las personas con discapacidad intelectual elaborada por la Federación de Asociaciones Plena Inclusión y la Fundación Wolters Kluwer" [Rights International Spain *Derechos procesales de los menores acusados o sospechosos en la Unión Europea* - Informe nacional (España), 2016].

Por último, y esta vez en atención a las exigencias de la Directiva 2013/48/UE, resulta conveniente no conformarse con la remisión llana y simple a la LECrim, dada su supletoriedad y hacer una mención expresa en la LORPM a la consideración del atestado y el informe del equipo técnico como documento esencial al que ha de tener acceso el letrado para poder preparar debidamente la defensa del caso³⁸; e introducir³⁹ el derecho del menor a contar con un abogado y a una asistencia efectiva no sólo desde la incoación del expediente, sino en las primeras actuaciones ante la policía y la fiscalía, cuestión ésta que si bien se cumple en la práctica (especialmente tras las Consultas de la Fiscalía General del Estado 2/2005 y 4/2005)⁴⁰, aconseja su inclusión expresa en el texto de la ley.

Todos estos cambios exigen una revisión de la LORPM. Se trata de exigencias establecidas en la Directiva sobre las que nuestra legislación no puede guardar silencio. Y, no nos cansamos de repetir, la supletoriedad de la LECrim tampoco colma de manera adecuada esas lagunas.

³⁸ En los arts. 17 y 27 de la Ley Orgánica 5/2000.

³⁹ En el art. 22 de la Ley Orgánica 5/2000.

⁴⁰ Consulta 2/2005, de 12 de julio, *sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente* y Consulta 4/2005 de 7 de diciembre, *sobre determinadas cuestiones en torno al derecho de asistencia letrada en el proceso penal de menores*, que en lo que aquí interesa consideraron que el término “expediente” debía ser interpretado en sentido amplio, de modo que incluyera también las actuaciones policiales.

TRATAMIENTO DE DATOS EN LA TRAMITACIÓN JUDICIAL¹

María Jesús Ariza Colmenarejo

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad Autónoma de Madrid)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO LEGISLATIVO DE LOS DATOS INCORPORADOS AL PROCESO. 1. Regulación en la LOPJ. 2. Protección de datos en la Administración de Justicia según la LOPDP 2018. III. ÓRGANOS RESPONSABLES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS. IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. V. TIPOS DE DATOS OBJETO DE PROTECCIÓN Y CONSENTIMIENTO. VI. DATOS PERSONALES Y SENTENCIAS. VII. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES. VIII. EL RÉGIMEN DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE DISTINTOS TRIBUNALES Y DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la LOPJ de 2015 ha incorporado un Capítulo I bis dentro del Título III relativo a las actuaciones judiciales que viene a regular una materia ciertamente problemática como es el tratamiento y protección de datos personales en la Administración de Justicia. Actualmente se ha puesto especial énfasis en el tratamiento de los datos de carácter personal en todos los ámbitos públicos y privados, como desarrollo del art. 18.4 CE. Es lo que se ha denominado derecho a la autodeterminación informativa, que se refiere al derecho que tienen los ciudadanos de controlar qué quieren que los demás sepan de ellos. Pero en el seno de la actividad jurisdiccional ha sido más tarde cuando se toma consciencia de la repercusión de un tratamiento de información inidóneo, especialmente desde

¹ El presente trabajo fue elaborado bajo la regulación de la LOPJ vigente en abril de 2020. Con posterioridad se ha promulgado la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, que viene a trasponer la Directiva 2016/680, de 27 de abril. Por ello, algunos preceptos sobre los que se elabora el estudio han sido modificados.

la incorporación de las herramientas tecnológicas a la Administración de Justicia mediante el expediente judicial electrónico con la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Aun así, las referencias han sido tenues.

No puede ser ajeno el hecho de que en sede judicial se acumula un sinfín de información de todo tipo perteneciente a las partes procesales y a terceros. Antes de la incorporación de sistemas informáticos al expediente judicial, todo ese material constaba básicamente en papel, lo cual dificultaba el acceso de terceros a la información y permitía controlar físicamente dicho acceso. Con la llegada del expediente judicial electrónico y la justicia sin papel, los requerimientos para controlar la documentación virtual determinan un cambio de paradigma en la protección de datos². Además, los datos estarán en torno a las partes procesales, bien aportándolos ellas, o bien quedando afectadas por su tratamiento, o también por las posibilidades de acceso limitado a ellos una vez que constan en el proceso. Por otro lado, hay que tener en cuenta que pueden ser personas físicas o jurídicas, lo que dota de distintos niveles de protección a la información que obra en el proceso.

Así pues, frente al principio de publicidad procesal como garantía, más característica y específica del proceso penal acusatorio, y general en el resto de órdenes jurisdiccionales, se contraponen la protección de la información personal de aquellos que intervienen en el proceso y el acceso a ella³. Por tanto, es necesario analizar la regulación y adaptarla a las disposiciones específicas en materia de protección de datos previstas en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDG), así como el resto de normas que son de aplicación.

En definitiva, son muchas las cuestiones que se suscitan en el tratamiento de datos de carácter personal (y no personales) en el seno de la Administración de

² El Expediente Judicial Electrónico sustituye a los tradicionales «autos», y se crea con la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

³ En relación con la publicidad de los actos procesales, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Introducción al Derecho Procesal*, con Moreno Catena, V., 10ª ed., Valencia, 2019, p. 277, señala el valor social de la publicidad del proceso, lo que supone un control social sobre la labor jurisdiccional, y una manifestación del principio de defensa.

Justicia, si bien, ahora nos referiremos únicamente al marco normativo en que nos encontramos, con algunos problemas derivados de él, como es la identificación del órgano responsable, los datos que están sometidos a especial protección en virtud del art. 18.4 CE, el papel del Ministerio Fiscal en el tratamiento de datos, y también algunas cuestiones referidas al tránsito de información y datos entre distintas Administraciones Públicas y entre los órganos judiciales.

II. MARCO LEGISLATIVO DE LOS DATOS INCORPORADOS AL PROCESO

El desarrollo de la tutela del derecho a la intimidad de las personas físicas ha cobrado especial importancia a partir de la incorporación de la tecnología en nuestras vidas. El art. 18.4 CE reconoce que la informática debe limitarse con el fin de garantizar el derecho al honor, y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. La posibilidad de almacenamiento de datos por instituciones públicas y organismos privados es tan ilimitada, como difícil el control que se ejerce sobre el uso de los mismos. La Administración de Justicia no es ajena a esta circunstancia, y por lo tanto se exige un control de los expedientes judiciales en los mismos términos que se demanda de otras entidades que recopilan información de los ciudadanos.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD) constituye la norma de tránsito en la protección de datos, entre la ya lejana L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y la actual Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPD). En las primeras se reconoce la existencia de ficheros en el ámbito de la Administración Pública, pero sin especificar nada en cuanto a la Administración de Justicia. Sólo se establece la referencia a la protección de datos con sus excepciones en el ámbito de las infracciones penales, sin que se tenga en cuenta nada sobre el resto de procesos judiciales.

Hay que tener muy presente el Reglamento 2016/679 relativo a la protección de personas físicas (RGPD), normativa procedente de la UE y que ha sido aplicable directamente durante un período de tiempo hasta la promulgación de la LOPDP, y que en la actualidad convive por las continuas referencias que se

realizan. Puesto que se habla del tratamiento de datos en la Administración de Justicia, constituye un eslabón esencial toda la referencia al proceso penal, en el cual la información que se genera resulta de mayor trascendencia si cabe. Por ello, dicho tratamiento queda fuera de la LOPDP y del Reglamento 2016/679, para quedar amparado por la Directiva 2016/680, de 27 de abril, de tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales. Esta Directiva aún está pendiente de trasposición a nuestro ordenamiento, por lo que por ahora este ámbito de la información queda bajo la regulación de la norma europea. Además, las consecuencias relativas a la exclusión del ámbito de la jurisdicción penal afectan al papel del Ministerio Fiscal en los procesos penales y el tratamiento de datos que obran en su poder⁴.

A medio camino, y centrado en el ámbito de la Administración de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial ha ido regulando a nivel interno disposiciones que bien directa, o bien tangencialmente, han hecho referencia a la protección de datos personales en la Administración de Justicia. Especialmente relevante ha sido el Acuerdo de fecha 20 de septiembre de 2006, para desarrollar el Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, también dictado por la habilitación que se le concede en su potestad reglamentaria en virtud del art. 230 LOPJ tras la reforma de 1994⁵. En el Acuerdo de 2006 se ha potenciado la confidencialidad, privacidad y seguridad, pero siempre con salvaguarda de la publicidad de determinadas actuaciones judiciales. En esa fecha todavía se hablaba de soportes automatizados y manuales, en consonancia con la forma de llevanza de los denominados «autos». La responsabilidad en el tratamiento de datos se asignaba al Tribunal Supremo junto con el Ministerio de Justicia, y por ello se crea un Gabinete de Información y Comunicación en coordinación con éste último que será quien facilite a terceros, especialmente medios de comunicación, la información que puede colmar el principio de publicidad procesal.

⁴ Por ello, se ha dictado la Instrucción FGE 2/2019, sobre protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el Delegado de Protección de Datos, que constituye una disposición de carácter interno para identificar algunas cuestiones a nivel institucional.

⁵ Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ.

Conscientes de la importancia que la protección de datos estaba cobrando en el ámbito europeo, y de los riesgos que conlleva la insuficiente regulación legal al respecto, se modifica la LOPJ en 2015 para incorporar un Capítulo I bis titulado «Protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia». Además, como debe mantenerse el equilibrio entre la publicidad procesal, como logro histórico del proceso, y la protección de datos personales, en conjunción con el derecho a la tutela judicial efectiva como valores supremos, es preciso canalizar también el flujo de información que se transmite a la sociedad, con el fin de tomar en consideración el derecho de información de los medios de comunicación y otras razones de transparencia institucional.

1. Regulación en la LOPJ

Los arts. 236 bis y siguientes nacen con vocación de crear un marco regulatorio sobre el tratamiento de toda la información de carácter personal que obra en el seno de los tribunales, lo cual abarca tanto datos derivados de la tramitación de procesos judiciales, como datos de carácter administrativo o gubernativo propio de la gestión de la Oficina Judicial. Así pues, se mantiene la distinción entre ficheros jurisdiccionales y ficheros no jurisdiccionales que se establecía en el Reglamento 1/2005 sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Los primeros se limitan a los datos que se encuentren incorporados a los procesos de que conozcan y su finalidad esté relacionada directamente con el ejercicio de la potestad jurisdiccional. El resto de información no relacionada con la actividad jurisdiccional consiste en los datos de carácter personal que deriven de los procedimientos gubernativos, y otros sobre la relación funcional o laboral de todo el personal al servicio de la oficina judicial⁶.

La LOPJ eleva a rango legal la existencia de ficheros jurisdiccionales y no jurisdiccionales, en la línea de lo que había establecido el Reglamento 1/2005, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Por ahora nos referiremos a los primeros, ya que presentan ciertas cuestiones que los diferencian de los segundos. La principal característica reside en los contenidos y repercusiones

⁶ Con carácter general, el régimen se sometía a la LOPD de 1999, puesto que se trata de una reforma anterior a la promulgación de la actual LOPDP de 2018, por lo cual hay que entenderlo referido a la misma. En todo caso, se establece un conjunto de especialidades aplicables al ámbito de los tribunales.

de los ficheros jurisdiccionales, tanto por la incorporación de los datos a un proceso, como por la identificación de los responsables en el tratamiento de los datos, ya que, en algunas ocasiones, se aparta de la LOPDP 2018.

La peculiaridad de la información que se lleva al proceso, su utilidad, la forma de obtención de todo el material probatorio, su conservación en el tiempo, así como los distintos intervinientes o habilitados para el acceso a los datos, hace que la materia sea especialmente sensible. La LOPJ no da completa respuesta a todos estos interrogantes y tampoco las normas sobre protección de datos. Por ello, es necesario reunir toda la normativa, de muy distinto rango y categoría, para comprender cómo queda el tratamiento de datos dentro del proceso.

En lo que a la LOPJ se refiere, hay que tener en cuenta que es de aplicación a datos de personas físicas, la cuales son titulares del derecho fundamental. De este modo puede comprobarse que, en principio, se mantiene al margen de la tutela todo lo que afecta a las personas jurídicas. Ahora bien, conscientes del diferente tratamiento que puede darse en el ámbito de la Administración de Justicia a los datos de las partes en general, cabe traer a colación la reforma de la LEC (arts. 283 bis a) a k)) en materia de acceso a las fuentes de prueba, que de manera específica van a regular cuestiones sobre el ejercicio de acciones civiles en el ámbito del derecho de la competencia, y la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

La idea de confidencialidad y privacidad está presente en toda la normativa establecida en la LOPJ. El Capítulo a que nos referimos, además de la distinción entre datos con fines jurisdiccionales y no jurisdiccionales, regula cuestiones como los requisitos para la obtención de los datos con fines jurisdiccionales, la limitación de acceso a los datos, la identificación del responsable del tratamiento, así como la autoridad de control, y el ejercicio de los derechos denominados ARCO en relación con todos los datos. Por lo tanto, se amplían los ámbitos de protección de información dentro del proceso, incluso con incidencia directa en los derechos procesales de las partes. Con ello pueden colmarse ciertas deficiencias, si bien, no constituye un marco cerrado en la protección de los datos de las partes procesales.

Además como nota destacable, con la reforma de la LOPJ se dota a los jueces y letrados de la Administración de Justicia de potestades para limitar el acceso

de las partes a la información que obra en el expediente judicial⁷. En realidad, se trata de atenuar la publicidad procesal en aras de los derechos del art. 18.4 CE, pero asegurando la tutela judicial efectiva. Ese equilibrio entre los derechos fundamentales en juego es el principal inconveniente en la labor judicial. El derecho de acceso a la información judicial como manifestación de la publicidad procesal se encontraría mermado en virtud de la preeminencia de la defensa del derecho a la intimidad personal y familiar.

En cualquier caso, hay que adaptar las disposiciones de la LOPJ a la nueva norma sobre protección de datos de 2018.

2. Protección de datos en la Administración de Justicia según la LOPDP 2018

El elenco de normas de aplicación para el tratamiento de datos personales en el ámbito de la Administración de Justicia se completa con la promulgación de la LOPDP 2018, la cual se dicta con el objeto de adaptar el ordenamiento jurídico al Reglamento 2016/679 (RGPD), sin excluir completamente su aplicación. Del art. 1 se extrae la aplicación conjunta de ambos cuerpos normativos para garantizar los derechos del art. 18.4 CE, y de hecho se hacen continuas remisiones al mismo. Sin llegar a regular expresamente la materia analizada, el art. 2.4 se refiere al tratamiento de datos contenidos en procesos judiciales, para lo cual son de aplicación las anteriores normas, además de la LOPJ, que, como hemos visto, incorpora un Capítulo I bis específico.

En su desarrollo, la LOPDP toma como punto de partida el art. 9 RGPD, según el cual, existen categorías especiales de datos personales, entre los que se encuentra el tratamiento de datos necesarios para la «formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de

⁷ El art. 236 quinquies LOPJ establece que tanto jueces como LAJ pueden adoptar medidas para la supresión de datos personales de documentos a los que pueden acceder las partes, pero siempre teniendo en cuenta que no obstaculice la tutela judicial efectiva. Del precepto se interpreta una supremacía de éste último frente al acceso a determinados datos personales. La forma como hacer efectiva puede consistir en facilitar copias de los documentos, pero ocultando aquellos datos de carácter personal que pueden contener. La cuestión de su valoración resulta de gran complejidad, ya que las partes a las que se facilitan documentos no podrán afirmar una merma en la tutela judicial efectiva si no han llegado a tener conocimiento de la información por estar previamente sesgada.

su función judicial». Son supuestos que quedan exentos de la prohibición de tratamiento de datos personales que se refieran a los establecidos en el art. 9.1 RGPD⁸. Por lo tanto, todos los datos que están en torno al ejercicio de acciones judiciales, sean del tipo que sean, salvo las de carácter penal que tienen un tratamiento aún más específico, merecen una consideración diferente, y, sobre todo, están sometidos a requisitos de obtención y tratamiento distinto que los de otros ámbitos.

La continua remisión a disposiciones de diferente rango obliga a realizar interpretaciones acordes en cada caso y una adaptación específica, lo que puede llegar a generar cierta inseguridad jurídica en torno al tratamiento de los datos que obran en los procesos judiciales. Así pues, como información que recibe un distinto tratamiento se encuentra aquella que afecta a la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales. En este caso habrá que remitirse a la Directiva 2016/680, de 17 de abril como norma especial frente a las anteriores de carácter más general.

No obstante, parece que la norma de referencia es la LOPJ, en concreto lo relativo a la necesidad de recabar el consentimiento del afectado, las potestades de los responsables de los ficheros jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y los derechos de acceso, rectificación, conservación y renuncia. Para todo lo demás, es de aplicación la LOPDP 2018, si bien quedan algunas lagunas de difícil solución.

III. ÓRGANOS RESPONSABLES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS

La LOPJ en el art. 236 sexies, designa como responsable de los ficheros jurisdiccionales al órgano jurisdiccional u oficina judicial ante el que se tramitan los procesos. Dentro de él decidirá quien tenga competencia atribuida por la normativa vigente de acuerdo a la solicitud que se reciba del ciudadano. Pero en última instancia se considera responsable de seguridad al Letrado de la Administración de Justicia. Tal y como está formulado el precepto, se entiende que debe haber una normativa que organice el sistema de responsabilidad y

⁸ El art. 9.1 se refiere a la prohibición de tratamiento de datos personales sobre origen étnico o racial, opiniones políticas, religión, afiliación sindical, datos genéticos, biométricos, salud, vida sexual u orientación sexual.

canalice el ejercicio de los derechos de los ciudadanos dentro del órgano judicial. La estructura y funcionamiento del mismo nos lleva a considerar que cualquier solicitud procedente de las partes o de terceros que ven afectados sus datos personales, ha de efectuarse ante el letrado de la Administración de Justicia. Entendemos que debe ser así porque es este funcionario el encargado del expediente judicial electrónico dentro del cual radica la información y los datos que pueden considerarse protegidos⁹. No obstante, es conveniente que se establezcan protocolos de información a los ciudadanos para hacer uso de sus derechos en este ámbito¹⁰.

Estas figuras hay que actualizarlas a las nuevas estructuras de la LOPDP 2018, ya que ahora se incorpora la de delegado de protección de datos. En relación a éste último, el art. 34 señala las instituciones que tienen la obligación de designar un delegado por parte de los responsables y encargados del tratamiento, delegado que puede ser ajeno a la organización o estar dentro de la misma bajo la idea de independencia. Pues bien, dentro del elenco de instituciones que requieren la designación de delegado de protección de datos no se encuentran los órganos judiciales, por lo que entendemos que se mantiene la aplicación de la LOPJ en los mismos términos.

En este sentido, una interpretación literal del art. 236 sexies LOPJ nos llevaría a considerar como posible órgano responsable del tratamiento de datos de carácter jurisdiccional al juez o magistrado al frente del órgano judicial, si bien se trata de una posibilidad remota por cuanto hay argumentos que inclinan dicha responsabilidad hacia el letrado de la Administración de Justicia¹¹. Ahora bien, la

⁹ CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F.J. y SANCHO ALONSO, A., «Protección de datos y Poder Judicial», *Diario La Ley*, nº 9293, 2018, quienes llegan a la conclusión de que el responsable del tratamiento y de la seguridad dentro de la oficina judicial es el Letrado de la Administración de Justicia.

¹⁰ Este parece ser el criterio más o menos unánime seguido en el seno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal y como se establece en la Decisión del TJUE de 1 de octubre de 2019, donde se genera el cauce para que pueda reclamar una persona física. Ésta podrá presentar ante el Secretario del TJ una solicitud en su condición de responsable del tratamiento de datos personales en el marco de las funciones jurisdiccionales del TJ.

¹¹ CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F.J. y SANCHO ALONSO, A., «Protección de datos y Poder Judicial», cit., para quienes dicha responsabilidad va más allá de las solicitudes de los ciudadanos, y engloba la aplicación de medidas técnicas y organizativas para garantizar el correcto tratamiento de los datos que obran en el órgano judicial.

atribución al juez o magistrado de la responsabilidad se justificaría por la identificación del CGPJ como órgano de control (art. 236 septies LOPJ), como señalamos a continuación. Por el contrario, el letrado de la Administración de Justicia es un órgano que se incardina en el Ministerio de Justicia, no en el CGPJ, lo que genera confusión en el reparto de atribuciones.

En cuanto a los ficheros no jurisdiccionales, la Oficina judicial asume dicha función de responsabilidad, por lo que el letrado de la Administración de Justicia, al frente de la misma, se convierte en el responsable del tratamiento. En todo caso, también se le considera responsable de seguridad, función consistente en «velar por la adopción de medidas que impidan la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no deseado a los datos de carácter personal incorporados a los ficheros». La atribución de esta función ha sido cuestionada en algunos sectores por considerarse desproporcionada a la vista del papel que juega esta figura en la planificación, elaboración, y control de las herramientas informáticas que se emplean en el expediente judicial.

En relación con las autoridades de control, en el ámbito de la Administración de Justicia, el lugar de la Agencia Española de Protección de Datos pasa a ser ocupado por el CGPJ cuando afecta al tratamiento de datos con fines jurisdiccionales (art. 236 nonies LOPJ). Con ello se confirma el art. 55 RGPD que señala que «las autoridades de control no serán competentes para controlar las operaciones de tratamiento efectuadas por los tribunales en el ejercicio de su función judicial»¹². Por su parte, el art. 44.3 LOPDP establece que la AEPD y el CGPJ «colaborarán en aras del adecuado ejercicio de las respectivas competencias que la LOPJ les atribuye en materia de protección de datos personales en el ámbito de la Administración de Justicia». Dicha colaboración queda pendiente de materializar, pero se tendrán que fijar los canales para el ejercicio de los derechos de los particulares, y la gestión de la potestad sancionadora, así como establecimiento de criterios unificadores en muchos aspectos en los que también tienen participación organismos como el Comité Técnico Estatal de la Administración judicial

¹² CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F.J., «Protección de datos y Poder Judicial», cit., señala en relación con el Considerando 20 del RGPD que la intención del legislador europeo no es dejar fuera de control todo el tratamiento en el seno de la Administración de Justicia, sino asignar el control a un órgano dentro del Poder Judicial con el fin de preservar la independencia en todo caso. Como características del organismo, se entiende que ha de ser independiente, con recursos propios, materiales, personales y financieros, y ajeno a toda influencia externa.

electrónica¹³. Este órgano de cooperación actúa con plena autonomía en el ejercicio de sus funciones y puede constituir un referente en la responsabilidad y control del tratamiento de datos en la Administración de Justicia.

Cuando estamos ante ficheros con fines no jurisdiccionales, se produce un sometimiento directo a la AEPD con la colaboración del CGPJ¹⁴. No obstante, se trata de una regulación confusa de cara a los ciudadanos, ya que encuentran dificultades a la hora de identificar la autoridad a la que dirigirse para ejercer sus derechos de acceso, rectificación o cancelación¹⁵.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Aunque nos estamos refiriendo al tratamiento de datos en el ámbito de la Administración de Justicia, no podemos dejar pasar por alto la participación del Ministerio Fiscal en los procesos en los que tiene potestades de intervención. La incidencia de las fiscalías en el tratamiento de datos está directamente conectada con la obligación de emplear medios técnicos, informáticos o telemáticos en el desarrollo de su actividad. Esta obligación se consolida en el art. 230 LOPJ tras la reforma de 2015, por lo que a partir de entonces se toma consciencia de la importancia de un posible tratamiento.

¹³ El Comité Técnico Estatal de la Administración de justicia electrónica se crea por Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación con la Administración de Justicia. En el art. 6.c) del Reglamento de desarrollo (Real Decreto 396/2013, de 7 de junio) se atribuye la competencia a este órgano para promover la cooperación entre Administraciones Públicas y la de Justicia, para suministrar a los órganos judiciales la información necesaria en el curso del proceso judicial según se establece en la LOPJ y LOPD.

¹⁴ En esta línea, el Plan Estratégico de la AEPD previsto para 2015-2019 hace hincapié en la necesidad de colaboración entre el CGPJ y la AEPD, dando entrada al Ministerio de Justicia, para sentar las bases y criterios comunes para el ejercicio de los derechos. Por otro lado, existe gran preocupación relativa a las sentencias y resoluciones judiciales, ya que, como sabemos, contienen información personal de diversa índole. La publicación de las resoluciones judiciales se efectúa a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), y muestra especial preocupación en el proceso de anonimización de las resoluciones.

¹⁵ CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F.J., «Protección de datos y Poder Judicial», cit., entiende que el LAJ en estos casos está sometido directamente a la AEPD, y asimismo le corresponde el tratamiento y la seguridad de los datos, para lo cual debe adoptar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar el nivel de seguridad adecuado. Si se analizan las funciones asignadas, se comprueba que se excede de la preparación y medios asignados en el sistema judicial.

El antecedente en esta materia lo constituye la Instrucción FGE 6/2001 sobre ficheros automatizados de datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal, a la que le siguen diversas disposiciones sobre la materia. Pero recientemente se ha dictado la Instrucción 2/2019, sobre protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el Delegado de protección de Datos¹⁶. En la misma se recogen soluciones a las dudas que puede suscitar la identificación del responsable del tratamiento cuando los datos están en poder del Ministerio Fiscal, siempre en el ejercicio de sus funciones y competencias.

En el ámbito de la fiscalía se parte igualmente del principio de responsabilidad proactiva, en el sentido de que el responsable del tratamiento debe asegurar que será lícito, leal y transparente, además de encargarse de mantener los datos actualizados, durante el tiempo estrictamente necesario, y adoptando medidas de seguridad adecuadas, entre otros principios. La propia Instrucción 1/2019 reconoce la inexistencia de una norma donde se designe expresamente la responsabilidad del tratamiento al Ministerio Fiscal. No obstante, se identifica como tal siguiendo los postulados del RGPD. Así pues, lo determinante es quién establece los fines y los medios para erigirse en responsable. En cuanto a los fines del tratamiento, es decir, *por qué* se realiza, el fundamento reside en el cumplimiento de una función que tiene el carácter público. En cuanto a los medios, o lo que es lo mismo, *cómo* se realizan las actividades del tratamiento, es cierto que aparecen otros agentes que participan, sobre todo en cuestiones técnicas¹⁷. En última instancia, el Ministerio Fiscal mantiene la capacidad de organizar e influir en el modo en cómo se tratan los datos. Por lo tanto, puede afirmarse que el responsable del tratamiento de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal es el Fiscal General del Estado y cada fiscalía respecto del sistema de gestión procesal¹⁸.

¹⁶ A pesar de que se trata de una norma de carácter interno, entendemos que puede tener repercusiones para el justiciable por cuanto establece posibles canales de reclamación y ejercicio de los derechos reconocidos en la normativa sobre protección de datos. No es de esta opinión, HERNÁNDEZ GUERRERO, F., «La Administración Informacional del Ministerio Fiscal», *Diario La Ley*, 2020.

¹⁷ Principalmente el Ministerio Fiscal depende del Ministerio de Justicia o las Comunidades Autónomas que son quienes dotan de recursos informáticos y diseñan las diferentes plataformas electrónicas. También interviene el Comité Técnico Estatal de la Administración Electrónica.

¹⁸ Instrucción FGE 2/2019, p. 20.

En cuanto al régimen sancionador, el Ministerio Fiscal está sometido al régimen especial previsto en el art. 77 LOPDP, por la referencia a los órganos constitucionales o con relevancia constitucional.

Por último, cabe señalar algunas especificidades en cuanto a la figura del delegado de protección de datos. Como se ha dicho, en el ámbito de los tribunales no existe ninguna obligación legal de nombrar delegado de protección de datos, lo que no impide su designación. Por lo que se refiere al Ministerio Fiscal, la Instrucción FGE 2/2019 entiende que sólo resulta obligatorio el nombramiento para el tratamiento de datos efectuado con fines no jurisdiccionales. No obstante, se indica que la mayor parte de la actuación del Ministerio Fiscal tiene lugar en materia jurisdiccional o cuasijurisdiccional, por lo que se afirma la conveniencia de designar un delegado de protección de datos. Así se facilitan los cauces de comunicación y puntos de conexión entre Ministerio Fiscal y autoridad de control (art. 39.1 e) RGPD). Al respecto, la citada Instrucción establece las bases para el nombramiento del delegado de protección de datos en el seno del Ministerio Fiscal, así como todo el régimen jurídico de su actuación. Este mismo régimen se crea para los adjuntos del delegado de protección de datos¹⁹.

V. TIPOS DE DATOS OBJETO DE PROTECCIÓN Y CONSENTIMIENTO

A la vista de la información que se incorpora al proceso, tanto los escritos de alegación como especialmente todo el material probatorio, podemos afirmar que cualquier documento contiene datos de carácter personal, y otros muchos, que pueden afectar a la intimidad de quienes aparecen como partes o como terceros. Cuando se habla de datos de carácter personal éstos pueden referirse a las partes procesales si son personas físicas, pero también peritos o testigos, o terceros que circunstancialmente tengan algún tipo de intervención en un litigio. Los datos de carácter personal están protegidos por toda la normativa analizada, pero es habitual que dentro de toda la documentación física y digital que obra en un proceso, encontremos tanto datos personales como también

¹⁹ La figura del adjunto se justifica por la necesidad de acercar territorialmente las funciones del delegado a las distintas fiscalías. De ahí que su circunscripción se limite a la comunidad autónoma en la que están destinados.

otros de carácter no personal. Por ello, conviene traer a colación el Reglamento 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales, que puede abrir otra vía al tratamiento que se venía haciendo. En el mismo se señala una realidad evidente, y es que hay datos personales y datos no personales que se encuentren en ficheros o espacios separados perfectamente delimitados²⁰. Pero si nos encontramos el caso de un conjunto de datos compuesto por datos personales y no personales, habrá que determinar si es posible la separación entre ambos para proceder a su tratamiento. Si por el contrario, los datos personales y no personales de un conjunto de datos están «inextricablemente ligados», prevalece el RGPD, por mínima que sea la proporción de datos personales que se contengan²¹.

Para identificar la información que se incorpora al proceso y que queda sistematizada en los ficheros, tenemos que remitirnos al Acuerdo de 20 de septiembre de 2006 del CGPJ de creación de los ficheros de carácter personal dependientes de los órganos judiciales que establece el contenido de los ficheros jurisdiccionales²². Hay que entender que se trata de un acuerdo aplicable en la actualidad, puesto que no se ha producido ninguna modificación al respecto, aunque con la adaptación a la normativa vigente. Entre otras cuestiones, se señalan las personas de las que se obtienen datos (Anexo I), que serán los demandantes, demandado, y promotores de los procesos civiles en los que interviene el Ministerio Fiscal. También se obtienen datos de denunciante, querellante, denunciado, querellado, perjudicado y responsable civil. En relación con estos, hay que considerar el Estatuto de la Víctima donde existe un conjunto de personas que aparecen como víctimas de delitos y que merecen tutela en cuanto a la información personal. Además, en los ficheros se van a incluir los datos de los profesionales de la defensa y representación procesal de las partes, de los testigos y peritos.

²⁰ Los primeros se regirán por las disposiciones del RGPD 2016 y los segundos por el Reglamento 2018/1807.

²¹ Así se extrae de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019, relativa a las Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la UE.

²² Art. 87 Reglamento 1/2005 sobre Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales señala el contenido de los datos de los ficheros jurisdiccionales.

El procedimiento de recogida de datos resulta de la incorporación al proceso de todo tipo de documentos, grabaciones, escritos, y cualquier actuación, incluso aquellas diligencias de organismos o terceros requeridos por los órganos judiciales. Se trata de un mecanismo que difiere notablemente de otras situaciones en las que se obtienen datos personales fuera de la Administración de Justicia. Por ello, el legislador ha sido cuidadoso a la hora de establecer los requisitos que deben reunirse para poder realizar un tratamiento de datos personales conforme a la normativa general. Según establece el art. 6 LOPDP y el art. 6 RGPD, el tratamiento será lícito si media el consentimiento del titular de los datos, consentimiento prestado para uno o varios fines específicos. Ahora bien, en el ámbito de la Administración de Justicia, según el art. 236 quáter LOPJ, la mera intervención del órgano judicial exime de la necesidad de recabar el consentimiento del interesado para el tratamiento de estos datos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. No obstante, cabe realizar alguna precisión.

La cuestión está relacionada con el valor consentimiento del titular de los datos. El art. 236 quáter entiende que no es necesario el consentimiento del interesado para que los tribunales procedan al tratamiento de los datos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Aquí se establece una distinción en el régimen aplicable cuando el tratamiento tiene finalidad jurisdiccional o no jurisdiccional. En este último caso, se aplica en su integridad el régimen establecido en la LOPDP y RGPD, es decir, es necesario obtener el consentimiento bajo el presupuesto de la delimitación de la finalidad. Pero si estamos en el ámbito de la potestad jurisdiccional, no es necesario recabar el consentimiento del interesado. Además, se refiere a datos «facilitados por las partes» o datos «recabados a solicitud del propio tribunal». La distinción no está exenta de matices y puede dar lugar a equívocos.

En relación a la posibilidad de que las partes faciliten datos personales en un proceso, cabe señalar que realmente estamos en presencia de un consentimiento tácito, lo que vendría a colmar la solicitud de consentimiento de la que hablan las disposiciones sobre protección de datos. Es lógico que quien aporta al proceso documentos e información que son propios, es conecedor de las consecuencias que conlleva. Diferente es el caso en que una de las partes facilita información de la parte contraria, situación en la que no es previsible que haya pedido autorización o consentimiento²³. A ello se refiere la LOPJ cuando habla

²³ DELGADO MARTÍN, J., «Protección de datos personales y prueba en el proceso», *Diario La Ley*, nº 9383, 2019.

de los datos facilitados por las partes. En realidad, es la parte la que está exenta de pedir el consentimiento cuanto aporta información de la parte contraria, o de testigos o peritos (tales como documentos donde constan datos personales, nombre, teléfono, domicilio, etc.), siempre que esté encaminado al ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Además, tampoco es necesario recabar el consentimiento del interesado o titular de los datos cuando la información es recabada a solicitud del tribunal. El deber de colaboración con los órganos judiciales está reconocido a nivel constitucional, y precisamente es la vía a través de la cual se obtiene gran parte de la información de carácter personal que acaba en los tribunales. Un ejemplo claro de ello son las diligencias preliminares reguladas en los arts. 256 y siguientes de la LEC. Muchas de ellas pretenden obtener datos personales a través de los tribunales, ya que de otro modo, sería imposible acceder²⁴. A mayor abundamiento, la LOPJ deja a salvo la aplicación de las normas procesales para la validez de la prueba. Es decir, la obtención de medios de prueba con vulneración de derechos fundamentales es prueba ilícita y, por lo tanto, no tiene ninguna validez en el proceso. En nuestro ámbito, la vulneración de los principios y garantías en materia de tratamiento de datos de carácter personal, implica que el medio de prueba obtenido debe expulsarse del proceso. De ahí la necesidad de establecer claramente cuáles son los requisitos en torno al consentimiento, y qué tipo de datos son aportados por las partes o recabados por el órgano judicial.

Esta cuestión entronca con otro problema que subyace en toda la regulación, y es especialmente delicada en la potestad jurisdiccional. Se trata de la delimitación de los fines para los cuales se recaban los datos. Tal y como señala el art. 6 RGPD y art. 6 LOPDP, si se obtiene el consentimiento, debe haber una manifestación de «voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». Como decíamos, la exención del deber de solicitar consentimiento puede estar justificada precisamente en este aspecto, es decir, el titular no controla los fines para los que se van a emplear los datos, sino que estos fines vienen predeterminados por la actividad jurisdiccional en

²⁴ Tal es el caso de la petición del historial clínico para el ejercicio de acciones de responsabilidad médica. Salvo que medie el consentimiento del titular, la fórmula coactiva de obtenerlo es a través de las diligencias preliminares.

la que está inmerso. Aquí aparece el interés público como fin que justifica el no consentimiento, recogido en el art. 8 LOPDP. Al respecto, el tratamiento de datos sólo puede fundarse en el interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable en los términos del art. 6.1.e RGPD. Por lo tanto, no cabe duda de que el ejercicio de la potestad jurisdiccional lleva aparejado un interés público, una función pública que justifica el tratamiento de datos.

VI. DATOS PERSONALES Y SENTENCIAS

Especial mención merece el acceso a los datos de las resoluciones judiciales, y en concreto, de las sentencias. Partimos de la idea de que los actos procesales que se desarrollan durante la tramitación del proceso son de libre acceso por las partes en virtud del principio de contradicción y publicidad, y de que las sentencias pueden ser de libre acceso al público en general, en especial las dictadas por los órganos colegiados. Por lo tanto, habría que distinguir según nos refiramos a las actuaciones dentro del proceso, o a las resoluciones que tienen vocación de incorporarse a bases de datos. El art. 236 quinquies LOPJ está dirigido a la protección de datos en el ámbito del proceso concreto, por lo que limita la información a la que acceden las partes. Por el contrario, en materia de difusión al público de las sentencias, es el art. 235 bis LOPJ el que prevé la disociación de datos de carácter personal contenidos en sentencias y resoluciones judiciales, y en todo caso con respeto del derecho a la intimidad personal, así como la protección de personas especialmente vulnerables y víctimas o perjudicados, respecto de los que hay un deber de guardar el anonimato²⁵. Esta limitación de carácter general se va a complementar con lo previsto para el acceso a las partes.

En cuanto al acceso de las partes a los datos personales de los documentos durante la tramitación del proceso, se atribuye a los jueces y a los letrados de la Administración de Justicia la función de preservar la información personal que conste en las actuaciones judiciales, y demás documentos, siempre que ello no

²⁵ Este precepto está conectado con el art. 619 LOPJ que regula el Centro de Documentación Judicial, órgano que pertenece al CGPJ y tiene como función «la selección, la ordenación, el tratamiento, la difusión y la publicación de información jurídica legislativa, jurisprudencial y doctrinal». Así pues, se encarga de llevar a cabo el proceso técnico para que las resoluciones de los órganos judiciales sean publicadas en la página correspondiente con las máximas garantías y cumplimiento de las disposiciones a que nos referimos.

impida el ejercicio del derecho a la tutela judicial. También se establece un ámbito diferenciado de protección para las sentencias y resoluciones dictadas en el proceso. A tal efecto, hay que acudir al art. 235 bis LOPJ que regula con carácter general la imposibilidad de acceder al texto de las sentencias y resoluciones dictadas en el proceso sin que previamente hayan sido sometidas a un procedimiento de disociación de datos de carácter personal, con el fin de proteger el derecho a la intimidad personal. En definitiva, habrá que distinguir entre el acceso a las sentencias por las partes y terceros, y el acceso al propio expediente judicial electrónico en el cual constan infinidad de documentos con información de diverso tipo²⁶. Ahora bien, así como puede ser previsible la anonimización de ciertos documentos que obran en el proceso, el límite respecto de los datos que contienen las sentencias y que son notificadas a las partes resulta más discutible. Sí es más idóneo la exigencia de confidencialidad de las partes en relación con los datos que hubieran sido revelados durante el proceso²⁷.

Actualmente, las sentencias están sometidas a un proceso de anonimización, donde se suprimen los datos que permiten identificar a los particulares que intervienen en el proceso. Pero podemos afirmar que ello no constituye una garantía absoluta para preservar la intimidad. La AEPD ya se ha manifestado sobre el proceso de anonimización como medida de privacidad²⁸. La anonimización consiste en suprimir o enmascarar aquella información que permite identificar al particular. Es una actividad que se realiza por el responsable del tratamiento, que debe velar porque sea suficiente para garantizar la anonimidad. Pero entendemos que en el momento en que del conjunto de otros datos periféricos pueda identificarse a la persona, la anonimización pierde su eficacia. De ahí la labor del responsable del tratamiento, que debe procurar suprimir o esconder datos que lleven a la identificación.

²⁶ MAGRO SERVET, V., «Derecho de acceso a los expedientes judiciales por quien alegue un interés legítimo en obtener un documento o datos del proceso civil», *Práctica de Tribunales*, nº 131, 2018, refiere la posibilidad de que la publicidad no sea el criterio general, sino el excepcional.

²⁷ El legislador es cada vez consciente de que la información que se incorpora al proceso puede afectar tanto a personas físicas como a jurídicas. Muestra de ello es la reforma de la LEC en cuanto al acceso a las fuentes de prueba en el ámbito de las acciones derivadas de daños por infracción del derecho de la competencia. Pero sobre todo a partir de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales, se van incorporando preceptos procesales donde se limita el principio de publicidad interna del proceso, se protege la información más sensible de las empresas, todo con ponderación del derecho de defensa.

²⁸ <https://www.aepd.es/prensa/2019-06-14.html>

Si trasladamos la cuestión a las sentencias, que en la actualidad son de acceso público a través del Centro de Documentación Judicial, hay que ver hasta qué punto es suficiente la labor de borrado del nombre de las partes²⁹. La difusión a través de medios de comunicación de procesos de relevancia mediática, hace que del relato de hechos de la sentencia se logre identificar a la persona y poner en riesgo su intimidad personal y familiar. Por lo tanto, resulta de gran dificultad lograr un perfecto equilibrio entre todos los intereses que están en juego, y es responsabilidad última del CGPJ junto con el Ministerio de Justicia, generar parámetros seguros y uniformes en la protección de los datos contenidos en las resoluciones judiciales³⁰.

VII. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES

El establecimiento de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición constituye el maco de protección de los particulares frente al tratamiento ilícito de los datos personales. Si nos referimos al ámbito de la Administración de Justicia, el art. 236 octies LOPJ señala un régimen jurídico diferente al que se establece en la legislación sobre protección de datos. Así pues, ante una solicitud de dichos derechos en relación con datos tratados con fines jurisdiccionales, hay que aplicar las normas estrictamente procesales, sin que se puedan aplicar las disposiciones sobre protección de datos. El diferente régimen se justifica por la finalidad y utilidad de los datos que obran en un proceso, con independencia del modo en que se incorporaron. Cada uno de los derechos reconocidos recibe un tratamiento específico adaptado a criterios de carácter procesal. Así pues, el derecho de acceso quizá sea el que se pueda concebir de manera más amplia en el ámbito jurisdiccional. En este caso, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 15 RGPD, resulta poco probable que el titular de la información sea ajeno al conjunto de información que puede recabar el responsable del tratamiento. Lo

²⁹ La AEPD distingue la difusión del texto completo de la sentencia (incluyendo datos indetectables de las partes) y el tratamiento en repertorios de jurisprudencia. En este último caso siempre debe realizarse la anonimización. Si hay consentimiento del afectado, sí es posible la difusión. No obstante, la excepción está en los datos de abogados y procuradores en repertorios, sentencias del TC y del TJUE.

³⁰ En relación con el acceso de terceros a las resoluciones judiciales, hay que tener en cuenta también el Protocolo de Comunicación de la Justicia 2018, que contiene también algunas cuestiones que afectan a la difusión de ciertos contenidos de las sentencias.

más problemático reside en la facultad de acceder a los datos objeto de tratamiento con fines jurisdiccionales cuando la información es declarada secreta o reservada. Entra en juego el principio de publicidad procesal interna y externa. La denegación del acceso debe realizarse a través de resolución judicial motivada, ya que se trata de una limitación de un derecho de la parte, si es ésta la que lo solicita. En todo caso, debe constar, bien previa o simultáneamente, la declaración del carácter secreto o reservado de determinadas diligencias.

En cuanto a la posibilidad de rectificación, se trata de un derecho reconocido en el art. 16 RGPD que permite modificar y actualizar datos inexactos. Precisamente en el proceso existe una obligación de colaboración con los tribunales que puede interpretarse incluso como un deber de rectificación de los datos. Ahora bien, no olvidemos el derecho de defensa de las partes y ciertas posibilidades procesales en aras del mismo, donde los intereses que representan no implica una declaración exacta de la información. En estos casos, cualquier modificación al respecto ha de hacerse en términos de alegación, y bajo la autenticidad de lo que se incorpora al proceso. Por ello, resulta difícilmente aplicable cualquier normativa sobre protección de datos en este caso.

Sobre el derecho de cancelación, se estará a lo previsto en la normativa procesal sobre el expediente judicial electrónico. Por último, el derecho de oposición no puede reconocerse en este caso ya que estamos en presencia de un interés público que prevalece sobre el mismo (art. 21 RGPD).

Cuando la solicitud de ejercicio de derechos se ejercita ante el Ministerio Fiscal, la Instrucción 2/2019 aplica la LOPJ, por lo que, si se trata de datos derivados de procedimientos judiciales, entonces hay que tratarlo según la normativa procesal correspondiente. Además, analógicamente, se entiende que los datos que sean tratados en expedientes del Ministerio Fiscal o diligencia preprocesales, también deben tratarse conforme a las disposiciones previstas en el art. 236 octies LOPJ.

VIII. EL RÉGIMEN DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE DISTINTOS TRIBUNALES Y DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Uno de los aspectos problemáticos que se deriva de la protección de datos en el ámbito de las Administraciones Públicas es la existencia de flujos de

información entre las mismas. A ello se le añade que la Administración de Justicia es una administración con connotaciones peculiares, y sobre todo con distintas necesidades en virtud de los derechos materiales que se tutelan. En ella puede tener cabida cualquier tipo de información sensible tanto para personas físicas como jurídicas. Debemos tener en cuenta también que es diferente hablar de la jurisdicción penal que hablar del resto de órdenes jurisdiccionales, ya que tiene un régimen específico en lo que a medios para recabar información se refiere, así como de la necesidad de publicidad de las actuaciones procesales.

Como ya se ha señalado, los procesos penales están sometidos a la Directiva 2016/680, de 27 de abril, lo cual engloba información referente, entre otras cuestiones, a datos de carácter médico, datos genéticos o biométricos, o incluso todo lo relativo al Registro de Antecedentes Penales, por poner algún ejemplo. Ese mismo elenco de datos también puede tener repercusión en el orden civil, cuya protección puede verse reforzada³¹. Relativo a la transferencia de datos, la LOPDP 2018 regula los casos por los que se procede a transmisión internacional de datos. Para facilitar la comunicación de datos a nivel interno hay que acudir al art. 230 LOPJ y sobre todo al Reglamento 1/2005 de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. En principio, los datos que tienen entrada en un órgano jurisdiccional competente son tratados sólo por éste, y bajo su responsabilidad. El art. 90 del Reglamento señala que podrán ser cedidos únicamente cuando lo exijan las normas de cooperación jurisdiccional, de competencia territorial, objetiva o funcional, o de organización de los servicios, así como cuando es necesario realizar una actuación determinada, como puede ser la tramitación de un exhorto. En ese momento, los datos se transfieren y pasan a formar parte del fichero jurisdiccional del nuevo órgano. El Anexo I del Acuerdo de 2006 amplía las posibilidades de cesión y transferencias al Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal o Tribunal de Cuentas.

Por otro lado, el art. 92 regula los supuestos en que las Administraciones Públicas no pertenecientes a la Administración de Justicia, pueden hacer uso de datos que consten en los ficheros jurisdiccionales. Se prohíbe una cesión íntegra del fichero, pero sí se permite solicitar información concreta, a través de resolución motivada de la Administración que pretende los datos, y justificando el fin para el que lo requiere.

³¹ En el mismo sentido se pronuncia el art. 10 LOPDP.

Especialmente relevante ha sido la reforma de la LEC sobre acceso a las fuentes de prueba (R.D-Ley 9/2017, de 26 de mayo), circunscrito al ámbito del derecho de la competencia. A la vista de la información sensible que obra en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y del principio de confidencialidad, se articulan mecanismos de carácter restrictivo para obtener expedientes administrativos para ser incorporados a un proceso civil. En cualquier caso, la materia excede de este estudio, ya que es mucho más frecuente y problemática, por ejemplo, la cesión de datos entre Administración Tributaria y Administración de Justicia.

LA TUTELA COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ANÁLISIS COMPARADO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO EN EUROPA)

Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Girona)

Sumario: BREVE INTRODUCCIÓN Y ADVERTENCIA PREVIA. I. UNA MIRADA INTRODUCTORIA A LA TUTELA COLECTIVA. 1. Las acciones colectivas como una necesidad de tutela concreta y origen de cuestiones discutidas. 2. Sobre terminología y conceptos. 3. Acciones colectivas en los Estados Unidos de América (una aproximación actualizada). II. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y SUPRAINDIVIDUALES EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS Y LA ÚLTIMA INICIATIVA COMÚN EUROPEA. 1. Algunos países europeos como ejemplo de diversas opciones. 2. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2018, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

BREVE INTRODUCCIÓN Y ADVERTENCIA PREVIA¹

Este trabajo no es una investigación conclusiva ni concluida. Su orientación es ir acometiendo todo un abanico de cuestiones que podrían situar a la justicia en una posición que merece el sentido del verbo que le pone título.

Se inició con una primera publicación en torno al neoliberalismo, la justicia negociada y la eficacia, destacando la gestión de la justicia como un aspecto priorizado en un contexto de predominancia de lo económico que obligaba a la remisión de competencias a órganos no jurisdiccionales y a la desjudicialización

¹ Este trabajo se publica en homenaje al Profesor José Martín Ostos, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.

Se ha realizado disfrutando de una Ayuda de la Fundación Privada Serra Domínguez (Convocatoria 2019), así como, en el marco del proyecto de investigación: I + D (Referencia: DER2017-82146-P), y siendo Miembro del Grupo de Investigación Consolidado de la Generalidad de Cataluña (referencia: 2017 SGR 618).

de lo procesal, pasando por la revalorización de la decisión individual, la contractualización y privatización de la justicia, que conduce en muchos casos a la renuncia al proceso como contenido de dicha decisión individual, alertando sobre una eventual predominancia del contrato sobre la ley².

Se acometía así una serie de derivas del proceso, que por supuesto no terminan ahí. En esta segunda aproximación se acomete una nueva deriva: la que nos conduce inexorablemente hacia una colectivización del proceso, ampliando el marco normativo en el marco europeo y mejorando notablemente la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas donde se incorporan acciones colectivas, dedicando atención a la última iniciativa en el seno de la UE mediante Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, abre la posibilidad de las acciones de representación y con ellas a las de reparación de daños.

I. UNA MIRADA INTRODUCTORA A LA TUTELA COLECTIVA

La necesidad de ofrecer respuesta a la tutela de intereses colectivos, supra-individuales o incluso individuales plurales constituye probablemente uno de los aspectos más debatidos del pasado y presente siglo y una muestra, entre otras, de que la clásica diferencia entre "modelos del common law" y del "civil law" ha dejado de tener, en muchas instituciones, un significado real. En efecto, las acciones colectivas o si se prefiere la tutela colectiva preocupa en América, Asia y Europa, habiendo obtenido, empero respuestas diversas en los tres ámbitos, representando, como no, un empeño por rebajar costes de la justicia, pero más aún, de dar respuesta al cambio radical que supone la necesaria reconfiguración de la legitimación individual en otra colectiva con los diferentes modelos de representación.

Como ya señalara en otro trabajo³, se ha dicho que el fenómeno de las acciones colectivas supone una revolución que acarrea reelaborar gran parte de

² ARMENTA DEU, T., *Derivas de la Justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*, Marcial Pons, 2021.

³ ARMENTA DEU, T., "Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español" (2014) en AAVV, "Intereses colectivos y legitimación activa" (Carbonell Porrás, dir. y Cabrera Mercado, coord.), Thomson Reuters Aranzadi, pp. 163-182.

las instituciones sobre las que se asienta la teoría general del proceso (la acción, la legitimación y la cosa juzgada, entre otras). Siendo así, resulta innegable que su incorporación al escenario procesal conlleva cuando menos una nueva reflexión de la práctica totalidad de las categorías fundamentales que sustentan el derecho procesal; desde la jurisdicción y competencia a la cosa juzgada; desde la legitimación a la prueba; pasando por la publicidad, la intervención procesal, la posición de jueces y abogados, y su papel. También, nos sitúa ante una opción de política legislativa que configura aceptar o no las acciones colectivas, en primer término, y a partir de ahí, en segundo, cómo configurarlas en aspectos como adoptar un modelo "opt out" u otro "opt in", o un modelo en que la previa existencia de una acción colectiva no dependa de la petición de los ciudadanos sino de que así lo entienda el juez. Y, unido a ello, si la llamada "tutela colectiva" constituye un modelo que encaminado a tutelar determinados derechos (colectivos, supraindividuales), para lo que ciertamente se precisan de urgentes reformas legislativas, o debe abarcar, en un paso más, la tutela de los llamados intereses individuales plurales, como sucede en otros países, o no es así, porque como se lleva afirmando en Europa mucho tiempo existen otros remedios procesales para salvaguardar tales derechos. o en un paso más allá a obligar al legislador a efectuar determinados cambios⁴.

Por no hablar, finalmente, de un tema tan frecuentemente olvidado como relevante: los costes, costas y beneficios o perjuicios que pueda acarrear el ejercicio de una acción colectiva.

⁴ CARBALLO PIÑEIRO, L., "Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial (Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa)", (De Conflictu Legum) Estudios de Derecho Internacional Privado, n. 12, Universidade de Santiago de Compostela, 209, "passim"; AAVV (ARMENTA y PEREIRA, coord.), "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)", "passim" y, AAVV "La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI", MONTESINOS, A. (coord.), Tirant lo Blanch, 2020.

1. Las acciones colectivas como una necesidad de tutela concreta y origen de cuestiones discutidas

Las acciones colectivas son un espejo de diversas concepciones en torno a la configuración sobre el "acceso a la justicia" desde una perspectiva jurídica, económica y social, que las convierte en instrumento para responder a los desafíos de la economía de masas, singularmente, desde el punto de vista de las posiciones estructuralmente más débiles, reequilibrándose mediante la unión de individuos afectados⁵.

A) Casos como los de la Colza, del envenenamiento por fibra de asbestos (Amianto), Crucero Costa Concordia; venta desinformada de "preferentes" en España, prótesis mamaria; Dieselgate Volkswagen, perjudicados por el tren en Extremadura, Academias de inglés, fraude filatélico y otras muchas en diferentes países son ejemplos claros, si bien conviene señalar inmediatamente que la mayoría, al menos en España, no se han tramitado como acciones colectivas en un sentido estricto del término, sino en diversas modalidades litisconsorciales o incluso por la vía penal.

Los afectados por respirar fibras de asbestos (agente cancerígeno usado durante años en distintos sectores industriales, como el amianto utilizado en la construcción naval o de edificios, iniciaron múltiples acciones civiles, penales y laborales, que han ido dando sus frutos en recientes sentencias colectivas. La última condena a la empresa Uralita a indemnizar con 1,7 millones de euros a 23 empleados de una planta en Getafe (Madrid) "por no adoptar las medidas de protección necesarias para preservar la salud de los trabajadores". Ya con anterioridad, un fallo del ámbito laboral había condenado a Uralita a pagar 3,9 millones de dólares por la intoxicación de los vecinos que vivían en las proximidades de la fábrica. La terrible naturaleza del envenenamiento por inhalación de estas microfibras, que pueden provocar cáncer de pulmón, pleura y laringe, a lo largo de 40 años, permite esperar sucesivas reclamaciones que suscitan múltiples cuestiones, como el eventual efecto prejemploemploudicial, que podría

⁵ CAPELLETI, M., "Formazioni social e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", Riv.dir.proc., 1975, pp. 361-402. Y del mismo autor: "Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparative's Contribution" Access to Justice. Emergin Issues and Perspectives (M. CAPELLETI, B. GARTH, ed.), Vol. III, Milano 1979, pp. 513-564.

plantearse incluso entre diferentes jurisdicciones, si tenemos en cuenta que ya se han producido condenas penales (2009, condena a la Unión Naval por la muerte de 20 trabajadores y las lesiones producidas a otros 51)⁶.

En el caso Volkswagen, en España se ha producido una reacción extraordinariamente tímida de nuestros tribunales, que hasta que el juzgado de primera instancia número 12 de Valladolid ha obligado a Volkswagen Valladolid y Volkswagen Audi España a abonar 5.006,5 euros a un afectado, que adquirió en 2013 un Audi modelo Q5 por valor de 50.065 euros en un concesionario de la marca en Valladolid, por la instalación del «software» ilegal por la que se manipulan los datos de emisiones contaminantes de los vehículos diésel, deduciendo el importe de la indemnización, tal y como indica la sentencia, por la «infracción de los deberes de buena fe y la pérdida de confianza en el consumidor, bienes jurídicos de difícil cuantificación, dada su naturaleza intangible». La sentencia, sobre la que previsiblemente la compañía automovilística recurrirá ante la Audiencia Provincial, se produce después de que se hayan sucedido cinco resoluciones en distintas instancias judiciales de España favorables a Volkswagen.

En Alemania, sin embargo, el abogado estadounidense Michael Hausfeld, especializado en demandas colectivas de alto perfil ha obtenido para los afectados estadounidenses del escándalo del trucaje de emisiones de la marca alemana Volkswagen un trato mucho más favorable que para las víctimas del resto del mundo y no ha dudado en llevar al Gobierno alemán ante los tribunales, con acusaciones como la de no haber hecho cumplir correctamente normativas europeas de emisión de gases, para hacer presión sobre el proceso. Actualmente, en Europa, muchos ciudadanos, españoles incluidos han recibido la oferta del grupo Volkswagen por 830 millones de euros para resolver una demanda colectiva en Alemania que incluye a más de 440.000 clientes que buscan una compensación por sus coches con motores manipulados. Sin embargo, el

⁶ Un estudio epidemiológico efectuado en la Universidad Pompeu i Fabra, estima que los casos de mesotelioma (cáncer de pleura, directamente relacionado) seguirán incrementándose hasta el año 2016, pudiendo llegar a morir hasta 1321 personas. En España, algunas autonomías como la del País Vasco, propone, como han hecho Francia y Bélgica, crear un Fondo de compensación para una indemnización más rápida y efectiva. Y en Italia, un tribunal de Turín condenó en febrero del presente año a la empresa ETERNIT (el equivalente italiano de Uralita) y a su expropietario S. SCHMIDHEIM y L. de CARTIER a 16 años de cárcel por la muerte de 2300 personas y la enfermedad de otras 665.

acuerdo no se ha concretado debido a “reclamos exagerados” sobre los honorarios de los abogados de la Federación Alemana de Asociaciones de Consumidores (VZBV), que está llevando a cabo esta primera demanda colectiva en Alemania en el marco del *dieselgate*, agregó el portavoz. La diferencia estaría en unos 50 millones de euros que reclaman en costos a los abogados y que el grupo no ve justificados. Ante esta situación, el consejo de administración de la empresa ha mantenido una reunión extraordinaria este viernes, en la que ha decidido, con el fin de que el “colapso” en la negociación con la VZBV no tenga un impacto negativo sobre los clientes, ofrecer un acuerdo por el mismo importe total de 830 millones de euros a los clientes al margen de los abogados de la VZBV. Volkswagen indicó que está trabajando en el desarrollo de una plataforma que, desde principios de marzo, permitirá a los clientes con derecho a indemnización recibir una oferta de un pago único diseñado exclusivamente para su caso concreto⁷.

B) Desde otro punto de vista, pero asimismo enfocando como tutela del acceso a la justicia, las acciones colectivas buscan la *prevención de ilícitos*, pese a que el ámbito europeo éste se encomienda a los poderes públicos, contemplando la defensa del interés público⁸.

Además, a las acciones colectivas se les atribuye un papel esencial en el control y prevención, tanto de actos de competencia desleal, como de actos contra la libre competencia, llegando a hablar incluso de su incidencia en el derecho sustantivo pese a su naturaleza eminentemente procesal (acciones de cesación).

C) “Last but no least”, la tutela colectiva aparece como una alternativa que reconoce derechos que no pertenecen a una persona en concreto y por ende

⁷ Existe una plataforma accesible en: https://rechtecheck.de/diesel/?partner=cpcrc&gclid=Cj-0KQCQiAyp7yBRCwARIsABfQsnTDde2DJWavkAwAIWMdleyByvTAQ8pUR5DekIHHL3jCaX4I7tvvJ1gaAm-bEALw_wcB. Sobre la noticia de la falta de acuerdo: <https://www.elmundo.es/motor/2020/02/14/5e468d09fc6c8369448b46c9.html>

⁸ Al respecto, en el ámbito nacional: J.A. LOPÉZ GARCÍA, “La teoría del interés en la doctrina del derecho público europeo” en AAVV (CARBONELL, CABRERA, coord.), “intereses colectivos y legitimación activa”, Thomson Reuters. Aranzadi, 2014, pp. 239-252; D.J. VERA JURADO, “La acción pública en materia de medio ambiente”, op. cit., pp. 371-383 y N. PÉREZ SOLA “Los intereses colectivos en la legislación en defensa del medio ambiente”, op. cit., pp. 385-408, J. CUESTA REVILLA, “La acción pública o popular en el ámbito urbanístico”, op. cit., pp. 435-457, y A. PLANCHA-DELL GARGALLO, “Acciones colectivas y salud”, en AAVV (ARMENTA y PEREIRA, coord.), “Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)”, Marcial Pons, 2018, pp. 333-355.

encuentran difícil acomodo en un derecho procesal basado en la tutela individual de los derechos⁹.

D) En esta tesitura, la cuestión es cómo adecuar la estructura de un proceso bipolar, con el objeto del proceso delimitado objetiva y subjetivamente y sobre el que se ciñe el ámbito de la cosa juzgada como garantía de seguridad jurídica, a la incorporación, no sólo de un alto número de reclamaciones pequeñas para cuya tutela el coste del acceso a la justicia puede resultar desproporcionado, sino además, a que dichas situaciones pueden obtener cumplida respuesta mediante procesos específicos, como en el caso del proceso europeo de escasa cuantía, o el creciente número de "procesos tipo" "orden de litigación de grupo" o "procesos modelo"; o a través de instrumentos ya consolidados, como la acumulación de acciones o procesos¹⁰.

Cómo justificar en definitiva las dificultades de adecuación en un tipo de tutela que choca precisamente en el ámbito máspreciado de la tutela individual: la seguridad jurídica, el principio de audiencia y el derecho de defensa.

¿Debe crearse un derecho procesal "ad hoc" o por el contrario acomodar las categorías existentes? ¿Cabe esta segunda opción en los temas que me corresponde acometer?

En otros términos, ¿como deben atemperarse las exigencias de un "proceso debido" desde el punto de vista del acceso a la justicia, el principio de contradicción y el derecho de defensa a las singularidades que requieren las acciones colectivas en materia de cosa juzgada y ejecución?

⁹ M.P. SÁNCHEZ GONZALEZ, "Los intereses difusos bajo la óptica del derecho civil" en AAVV (CARBONELL, CABRERA, coord.), "intereses colectivos y legitimación activa", Thomson Reuters. Aranzadi, 2014, pp. 137-160; P. GUTIERREZ de CABIEDES, "Acciones colectivas: pretensiones y legitimación", en AAVV (ARMENTA y PEREIRA, coord.), "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)", Marcial Pons, 2018; T. ARMENTA DEU, "La legitimación en las acciones colectivas" en AAVV "La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI", MONTESINOS, A. (coord.) Tirant lo Blanch, 2020.

¹⁰ Una aproximación en el marco español en M. ORTELLS RAMOS, "Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales conexas en el proceso civil español. Las normas y su aplicación" en AAVV (ORTELLS Y CUCARELLA, coord.) "Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia", Thomson Reuters. Aranzadi, 2019, pp. 26-80.

¿Como se justifica la quiebra de principios tan sólidamente asentados como: “sólo debe comparecer en juicio quien resulte identificable”, “la demanda debe dirigirse frente a aquél de quien pueden predicarse los efectos del proceso” o “sólo debe demandarse a quien esté en condiciones de arrostrar las consecuencias que se deriven del proceso”?

Las respuestas en Europa resultan casi tantas como Estados la forman, a las que se une la específica realidad derivada de las diversas iniciativas en el orden comunitario, conformando un mosaico complejo como veremos seguidamente.

2. Sobre terminología y conceptos

Quiero dedicar unos instantes a lo que podríamos denominar “cuestión terminológica”, o por mejor expresarlo, a exponer brevemente el uso que haré de algunos términos como “intereses supraindividuales”, “intereses colectivos”, “intereses difusos” o “intereses generales”.

La concepción de “acción de grupo” o “acción de clase”, frecuentemente utilizada para litigios en los que se dilucidan los citados intereses, en realidad permite visualizar claramente dos intereses opuestos: los del grupo y los del individuo, a cuya tutela prioritaria subyace frecuentemente una opción de política legislativa.

El adjetivo “colectivo” se utiliza en su acepción genérica, comprendiendo todos los supuestos en que un conflicto jurídico afecta a una pluralidad de sujetos “latu sensu”, es decir, tanto cuando un derecho o interés del que son titulares indivisibles un pluralidad o colectividad de sujetos (intereses supraindividuales), como cuando se trata de una pluralidad de derechos e intereses individuales, homogéneos y que fueron lesionados por un mismo hecho o la misma actividad antijurídica (intereses pluriindividuales).

Entre los primeros, la Ley de Enjuiciamiento Civil española se refiere a “intereses colectivos”, cuando cabe identificar fácilmente las concretas personas físicas cuyos derechos o intereses individuales han sido lesionados, o que forman el colectivo que es titular indivisible del bien jurídico lesionado. Mientras que se aplica la denominación de “intereses difusos” cuando no es posible o resulta difícil determinarlos (art. 11 LEC).

En las *acciones colectivas* donde se resuelven *intereses colectivos o difusos*, cabe que el ejercicio por un grupo de tales intereses ponga fin a la controversia. Mientras que en el caso de *intereses pluriindividuales*, se busca la mayor implicación, pero sólo se resolverá una parte de la controversia. Por eso se dice que el sistema "opt out" consigue que el sistema se corresponda en mayor medida con el ámbito de la controversia real subyacente. Circunstancia que favorece los intereses del demandado que evitará así futuras demandas sobre los hechos en cuestión.

A la errónea utilización del término "intereses colectivos y difusos", equiparándolos, se une el uso de "interés colectivo" para identificar realidades bien diversas: las que constituyen un interés general o público o un interés simple, o difuso; e incluso, derechos individuales pero plurales y conexos (pluriindividuales). Así, en los intereses supraindividuales, cabe diferencias intereses colectivos cuando cabe identificar a los miembros interesados e intereses difusos cuando no es posible identificarlos. De hecho, para la defensa de los intereses supraindividuales es preciso alegar un interés específico, y de ahí, que deba diferenciarse asimismo entre *intereses supraindividuales* e *intereses generales*.

Los *intereses supraindividuales* son intereses de los que son titulares los miembros de un grupo, conjunto o categoría, más o menos determinada de sujetos que se encuentran concernidos de manera concurrente pero no exclusiva. El *interés general* es el que tiene el ciudadano por el mero hecho de serlo y en su perspectiva jurídico-subjetiva no da lugar sino a un interés de mera legalidad. El interés general sólo legitima en aquellos supuestos de la actuación administrativa en que está expresamente reconocida la acción popular.

Del interés supraindividual emana la existencia de situaciones (protegidas y legitimantes) atribuibles a particulares, pero cuyo ejercicio, generalmente, se atribuye a entidades representativas, aunque no sólo.

Acción colectiva designa el acceso al proceso de pretensiones que afectan a una colectividad de personas, así para que se trate de una acción colectiva debe afectar a un grupo de personas tan numeroso que acudir a la acumulación subjetiva haría el proceso impracticable. Ahora bien, las pretensiones deben sostenerse en hechos jurídicos de los que deriva un interés o derecho común a todos los miembros del grupo; es esa "comunidad de intereses" lo que caracteriza a las

acciones colectivas. Aquellos de quienes se predica el objeto de la acción no son parte procesal sino que el demandante defiende sus intereses en ausencia, por eso se recurre a la necesidad de representación, concebida desde muy diversas perspectivas, como se verá.

Sin embargo, y como se ha adelantado, se habla también de “acciones pluriindividuales” para referirse al fenómeno de intereses comunes que pueden ser defendidos conjuntamente¹¹. De hecho, éste es precisamente uno de los fenómenos que explican la necesidad de acudir a las acciones colectivas¹².

3. Acciones colectivas en los Estados Unidos de América (una aproximación actualizada)

Todos los ordenamientos, incluido el comunitario y por supuesto el español, miran al modelo de los Estados Unidos de América, ya sea para inspirarse en él, ya sea para rechazarlo. La bibliografía al respecto es ingente, de forma que resultaría improcedente una mención exhaustiva de la misma. Sirvan algunas referencias cuyo valor procede fundamentalmente de su representatividad o actualidad¹³.

A) Su fundamento legal: Regla 23 Federal Rules of Civil Procedure

El modelo americano derivado de la Rule 23 incide en el último punto de vista, como un sistema subsidiario de la acción regulatoria del Estado, una de cuyas vertientes más discutidas es la incidencia –a juicio de algunos injerencia–

¹¹ En contra, LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones” en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES J., (coord.): Derecho, Justicia y Universidad, Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos, op.cit., pp. 1907-1909. A favor, SANDE MAYO M.J., Las acciones colectivas en defensa de los consumidores op. cit., pp. 60 y ss.

¹² Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, art. 2, II. GIDI, A. FERRER MAC-GREGOR, E (Coord): La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Porrúa, México, 2003, p. 64.

¹³ D. R. HENSLER and others, “Class Action Dilemmas: Public Goals for Private Gain” (Rand Corp. 2004) 22-37; E. CHAMBLEE BURCH, Securities Class Actions as Pragmatic Ex Post Regulation’, 43 Georgia Law Review 63, 85 (2008). J. LOPEZ SANCHEZ, “El sistema de las class action en los Estados Unidos de América”, Comares, Granada 2011. SILVER, CH, “Comparing class actions and consolidations”, Review of litigation, 10, 1990, 91. WEINSTEIN, J.B. “Individual justice in Mass Tort Litigation”, Northwestern Press, Illinois, 1995.

de la judicatura en la labor del legislador, al que a través del reconocimiento de acciones de clase define la existencia y configuración de unos derechos por su naturaleza supraindividual y social. Destaca en esta faceta de las “class actions” una función socio preventiva, que mediante el reconocimiento judicial de los derechos, permite garantizar el acceso a la justicia civil de ciertos sectores del ordenamiento, previendo futuros comportamientos ilícitos¹⁴.

Pero también se percibe una lógica de “coste-beneficio” que se aprecia en la exigencia para que se conceda la naturaleza de “acción colectiva” de los siguientes requisitos: a) la llamada “numerosity”, es decir, la impracticabilidad del ejemplo en el ejercicio de la acción mediante una acumulación de acciones o un litisconsorcio por el número de interesados, b) la comunión de las cuestiones de hecho y de derecho como fundamento de las pretensiones; c) que la clase sea representada por sujetos cuya posición sea representativa de los derechos involucrados, y d) que los representantes puedan asegurar una correcta tutela de los intereses de la clase¹⁵.

Un buen ejemplo lo encontramos en las *injunctive class actions*, mediante las que no se protege un interés individual sino del grupo de manera que los miembros no son sus titulares (medio ambiente, minorías raciales).

Otro aspecto lo constituyen las “punitive damages” o daños punitivos que pretenden castigar a la empresa para alcanzar un efecto preventivo de conductas semejantes para ella y cualquiera otra. Los daños punitivos conforman así una regulación implícita proveniente de un reconocimiento judicial de la acción colectiva correspondiente.

Los presupuestos que deben concurrir: que el legislador haya legitimado a los ciudadanos que ejemplo ejercitan dichas acciones; que la afectación de los intereses protegidos sea consecución de infringir dicha legislación; y que la indemnización que pagará el demandado en caso de condena sea superior a los beneficios obtenidos a partir de la infracción.

¹⁴ John K. RABIEJ, “The making of Class Action Rule 23 - What Were We Thinking?”, 24 MISS. C.L.REV. 323, n. 10 (2005).

¹⁵ R.G. BONE, “The Puzzling Idea of Ajudictive Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Action”, *George Washington Law Review*, vol. 79, 2011, pp. 577 y ss.

Las acciones de clase norteamericanas no siempre aparecen como acciones colectivas. La acción no se entiende como la tutela de un derecho, sino como un hacer que se seguirá o no a la vista de intereses concurrentes manifestados ante el tribunal, de manera que la acción es de las partes representativas, quienes deben haber sido reconocidas como tales, requiriendo además la "certificación de clase". Si esta certificación no se alcanza, la sentencia que se dicte sólo desplegará su efecto entre quienes se personaron en el proceso. Si se logra la certificación, la pretensión pasa a serlo de toda la clase. De esta manera, la reclamación individual del propio interés convierte al particular en promotor de la actuación del derecho para todos los que se encuentran en idéntica situación (*private enforcement*).

Así, por ejemplo, la Security and Exchange Commission (SEC) tiene como mandato fiscalizar que las leyes federales en la materia sean observadas protegiendo a los ahorradores e inversores. La falta de actuación de esta agencia o su actuación limitada se suple con la class action.

El punto débil o al menos aquél que debe examinarse con atención para procurar su buen uso, son las facultades judiciales, determinantes a la hora de reconocer la legitimación (adecuación de la representación) y dictar la certificación de clase, evitando que se produzcan conflictos de intereses, pero también que la presión ejercitada sobre los órganos normativos sea razonable, adecuada y no constituya chantaje alguno.

En el ámbito estadounidense, la presencia de una regulación "ad hoc" no sorprende si se atiende a la existencia de la "Equity Rule 48" denominada "Representatives of Class", que busca en realidad tres objetivos:

a) volver efectivo el acceso a la justicia para una serie de situaciones que, en razón de su peculiar configuración, difícilmente recibirían tutela si hubieran accionado individualmente;

b) la prosecución de un intento de economía procesal para todo el sistema procesal, evitando la dispersión del conflicto en causas particulares; y

c) intervenir sobre la configuración de los derechos ya sea transformando concretamente el orden sustancial en función de "corrective justice", ya sea como disuasorio de conductas plurionfensivas¹⁶.

¹⁶ R.L. MARCUS et al. "Civil Procedure. A modern Approach", pp. 297.

Originalmente, se contemplaron tres tipos de acciones colectivas, con un aspecto común: la necesidad de acreditación de la adecuada representación. Se trataba de las siguientes:

a) "true class action", los interesados debían acreditar "joint" o "common rights", siendo la decisión vinculante, con independencia de que conocieran o no su ejemploemploercio y hubieran permanecido ausentes;

b) "hybrid class actions", agrupaba pretensiones relativas a un mismo bien, de manera que la cosa juzgada. sólo recaía s/los dd relativos a dicho bien; y

c) "spurius clas action", no exigía identidad de pretensiones sino de cuestiones de hecho o de derecho entre las diversas pretensiones; en este caso para que recayera la cosa juzgada. se exigía que el interesado hubiera ejercitado por ejemplo su derecho de opt in o adhesión explícita al procedimiento.

B) Situación actual: tres modalidades de acciones colectivas

Los tres tipos de acciones de clases "ordinarias" son: las *Mandatory clas actions*, las *Injuctive class action*", y las *Voluntary class action*.

Para las tres deben concurrir una serie de presupuestos: 1) corresponde al juez señalar de que clase se trata, 2) el objeto se delimita a través de la "certification" (acto que determina la viabilidad y que ese es el único medio jurídico para resolver ese problema), y 3) se debe precisar que existe un grupo caracterizado por la identidad o similitud de las posiciones jurídicas de sus miembros que hacen conveniente y posible una decisión conjunta, ofreciendo dicho tratamiento conjunto más ventajas que el individual.

En una breve aproximación ilustrativa cabe señalar de cada una lo siguiente.

a) *Mandatory clas actions*

Está inspirada por la "equity". No permite solicitar indemnización y la certificación de la clase implica que todos sus miembros quedan vinculados obligatoriamente al resultado, para evitar contradicciones y futuros procesos. Tampoco requieren publicidad, salvo que lo exija el juez. Se comprenden diversas modalidades de las "mandatory class actions".

1ª) Con la primera se persigue esencialmente evitar el perjuicio derivado de procesos por separado.

Dos variantes: impedir que se condene al demandado a realizar dos comportamientos contradictorios (a hacer y a abstenerse, por ejemplo), y acreditar este peligro al inicio y la tutela es declarativa o constitutiva, aunque si se acreditara la conexión cabría pedir indemnizaciones

2ª) La segunda modalidad se presenta cuando existen varios demandantes con pretensiones sobre el mismo objeto (un fondo común) susceptible de agotarse y dejen al resto sin poder satisfacer sus pretensiones. Se han utilizado en el ámbito empresarial, solicitado por la propia empresa.

b) Injunctive class action

Surge cuando se trata de intereses supraindividuales, como los *derechos civiles o el medio ambiente*. Su tutela es la rotección jurídica de carácter declarativo o inhibitorio.

El demandado ha realizado un acto que afecta de la misma manera a todos los miembros de la clase, pero no es preciso que la lesión producida haya causado un perjuicio efectivo a todos los interesados.

c) Voluntary class action

Es la modalidad más controvertida por la finalidad indemnizatoria. Requiere que las pretensiones tengan la misma causa de pedir. La admisión dependerá de que las peticiones de las partes presenten cuestiones de hecho o de derecho comunes.

Para controlarlo se exige la práctica del "predominance analysis", centrado más que en las cuestiones comunes, que también, en la calidad de las mismas (cuestiones de prueba y medios, pretensiones y excepciones y sobre todo si predomina la necesidad de una solución común a todos los interesados) pudiendo emplearse los aspectos más singulares en un proceso posterior (por ejemplo, la determinación de los daños individuales).

Es sustancial la elección de qué miembros del grupo oficiarán como representantes “adequacy of representation”.

d) Derivadas de éstas últimas y con una denominación que procede directamente de su objetivos se encuentran las “damage class actions” paradigma de la tutela de consumidores

Originalmente se excluían los “mass torts” (daños masivos), pero a partir del caso “agent orange” daños producidos a los americanos en Vietnam por un herbicida lanzado por ellos mismos, recibió, como en el caso del amianto la negativa a certificar la clase. Finalmente se reconoció por entender insuperables las dificultades de que un solo demandante pudiera obtener pruebas y sustentar la demanda (una de los subapartados de la Regla 23 FR).

La certificación comportaba que todos los miembros en igualdad de situación quedarían afectados, salvo los que hubieran ejercitado el “opt out”.

En este muy breve examen de la compleja realidad norteamericana en torno a las class action, no debe faltar una mención, también casi “a vuelo de pájaro” sobre la reforma de la Regla 23, sobre la que se sustenta todo el entramado jurídico, y alguna mención a su más reciente evolución¹⁷.

De hecho, se han producido en los años 1996-1998¹⁸, y la discusión se ha centrado sobre si las “class actions” debían perseguir un efecto disuasorio (*deterrence function*) o indemnizatorio (*compesatory function*), aspecto que centró la discusión en torno a las “no injury class actions” en las que se declaraba el fundamento de la acción y una cantidad a pagar, pero no a los miembros de la clase sino a fines sociales.

Los cambios han seguido, con mayor o menor relevancia, inspirados por “interpretaciones correctoras” de la Corte Suprema. Actualmente existe una última

¹⁷ Un examen útil en R. MARCUS, “Revolution v. Evolution in class action reform”, North Carolina Law Review, March 2018, vol. 96, pp. 904-944. Este autor ha participado desde 1996 en la “Associate Reporter of the Advisory Committee on Civil Rules”.

¹⁸ Accesibles en www.uscourts.gov

iniciativa pendiente de aprobación¹⁹. Y como el autor citado prevé, quizás sea “la revolución digital” la que de hecho provoque los cambios más trascendentales, también en este campo²⁰.

II. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y SUPRAINDIVIDUALES EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS Y LA ÚLTIMA INICIATIVA COMÚN EUROPEA

La legitimación plural y la atribución de legitimación a personas o entidades diferentes a los titulares de la relación jurídica ha constituido el tratamiento clásico, a través de fenómenos litisconsorciales o incluso atribuyendo legitimación activa a un órgano oficial (Ministerio Público) que actúa sometido al principio de legalidad²¹.

Incluso cabe utilizar el recurso ante el más alto tribunal como forma de consideración hacia los intereses públicos en juego, consistentes en este caso en garantizar la igualdad en la aplicación de las normas y la seguridad jurídica, reconociendo el valor adicional de resolver las cláusulas idénticas a las anuladas por el último tribunal de la pirámide jurisdiccional.

Así en la Ley española de Contrato de seguro, en virtud de la cual, declarado nula por el TS alguna cláusula de las condiciones generales de un contrato, la administración pública obligará a los aseguradores a modificar la cláusulas idénticas contenidas en su pólizas.

Hasta la fecha Europa ha rechazado un régimen general para las cuestiones procesales que abarque las cuestiones procesales más complejemploempleos (legitimación, ámbito objetivo de aplicación, clase de tutela y alcance subjetivo de los efectos y valor de cosa juzgada), acometiendo el fenómeno de forma particularizada.

¹⁹ R.MARCUS, “Revolution...”, cit., p. 904.

²⁰ Ibidem.

²¹ Así sucede en España, en materia de consumidores y en otros países como Suecia con el Obnusmann.

En esta dirección se diferencian dos situaciones: a) ejercicio de la pretensión por un legitimado que actúa por los intereses individuales plurales (asociaciones, grupo perjudicados, defensor del pueblo, MF); y b) ejercicio individualizado de tantas pretensiones como legitimados individualmente, que se recuerdan aquí en la medida en que ofrecen un cuadro general ilustrativo para mejor aprehender el complejo entramado europeo²².

a) Cuando demande un legitimado para una tutela de pluralidad de derechos individuales conexos, deberán preverse: una fase procesal donde se examine la representatividad del actor; una segunda para adherirse o excluirse los titulares individuales, y finalmente , una tercera donde se declare la responsabilidad genérica (señalando o no los parámetros para individualizar los perjudicados), que deberá seguirse de otra declarativa con dos objetivos: que la persona que reclama encaja los parámetros señalados en la resolución, de un lado, y de otro, para la cuantificación de las indemnizaciones individuales.

b) Cuando los derechos homogéneos o conexos se ejercitan por la pluralidad de titulares, cabe acudir a la acumulación de procesos o al diseño de un “proceso modelo” o “proceso tipo” cuya finalidad será suspender todos los procesos hasta que el modelo sea resuelto, vinculando a quienes hubieran presentado demandas, salvo desistimiento en las condiciones que se señalarán posteriormente, provocando efectos prejudiciales sobre lo resuelto con carácter relevante.

Cualquiera de estas soluciones, a las que cabría añadir la creación de una “comunidad de intereses” (A ellas se adhieren los damnificados individuales con el objeto de coordinar las reclamaciones) se prefieren en muchos países de la UE a las “class action” norteamericanas o brasileñas, singularmente en Alemania y Francia, aunque no exclusivamente.

Resulta significativa en tal sentido la *Consulta de la Resolución del Bundesrat, de 4 de Julio de 2008*, en la que dicho órgano toma posición frente al Libro Blanco de la Comisión Europea sobre acciones de daños en materia de Derecho de la competencia de la UE, afirmando expresamente: que “no cabe admitir una

²² COROMINAS BASCH, S., “Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia adelante”, Marcial Pons, 2018, y ARMENTA DEU, T., “La legitimación en las acciones colectivas” en AAVV “La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI”, MONTESINOS, A. (coord.) Tirant lo Blanch, 2020.

acción promovida por asociaciones dirigida a reclamar daños que no excluya una acción de grupo inspirada en el sistema "opt-out", ya que tal cosa sería difícilmente compatible con el sistema de ejercicio individual de la acción que rige predominantemente en Alemania y también en el resto de los Estados miembros de la UE, a tenor del cual, cada daño individual debe sustanciarse (alegarse) y probarse con carácter individualizado".

1. Algunos países europeos como ejemplo de diversas opciones

A) En Francia, las acciones colectivas constituyen materia de reflexión crítica, fueron objeto recientemente de la "propuesta Béteille", de 22 de diciembre de 2010, concebida para atemperar las numerosas objeciones a principios básicos del proceso civil que deberían excepcionarse en cuestiones como la adopción de un sistema de "opt-out", que atentaría directamente contra la "liberté d'agir en justice", y la necesidad de recibir el consentimiento expreso de todas las parte, según pronunciamiento del Consejo Constitucional, matizado después en el sentido de poder admitirse siempre y cuando se garantice el conocimiento y posibilidad de oposición, lo que traslada la cuestión a la publicidad y sus garantías²³.

SUIZA, por citar un caso extracomunitario, rechaza la necesidad de incorporar el modelo norteamericano de las "class action". En una comunicación del "Conseil federal" (FF 2006 6901) se señala que los mecanismos procesales europeos para tutelar las acciones pluriindividuales son suficientes, sin olvidar –añade– las críticas que internamente recibe el propio modelo en los EEUU de Norteamérica, así como el uso abusivo que se ha hecho de las mismas²⁴.

B) Procesos modelo alemanes y las reglas de litigación inglesas (GLO)

Una segunda opción, frente a las class action norteamericanos los "procesos modelo" o "procesos tipo", como el Musterverfahren alemán y otros instrumentos de litigación colectiva como la GLO.

²³ Informe francés, realizado por S. AMRANI MEKKI, para la ponencia general sobre Europa "Los recaudos para aprobar un acuerdo. La cosa juzgada, liquidación y ejecución de sentencia", presentada en la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, objeto de publicación en el libro "Procesos Colectivos. Class Actions", ed de IAPL, Asociación Argentina de Derecho Procesal e IIDP, Buenos Aires, 2012, pp. 203-247.

²⁴ Ibidem.

Empezando por ésta última, la *Global Litigation Order* (GLO) consiste, muy resumidamente, en una regla de litigación de grupo orientada a facilitar la administración de demandas de este tipo, según prevén las Reglas de proceso civil, articuladas en un contexto de reforma civil más amplia, a partir de un gran debate sobre el acceso a la justicia y la litigación con pluralidad de partes. Cada miembro del grupo debe haberse adherido (“opt-in”) presentando una demanda para propiciar su entrada en el registro de grupo. Antes de presentar la demanda debe acudir al “Servicio de información de acción de pluralidad de partes” (MPAIS) al objeto de conocer si hay otra acción de grupo. El tribunal solo concederá la GLO si todas las demandas tienen idéntica base fáctica y no existe otro proceso que haya o pudiera llevar mejor el caso. De hecho, los demandantes están obligados a considerar si el caso podría ser conducido mejor a través de una “acción representativa”. Si el tribunal decide positivamente, conduce a un proceso modelo cuya clave es la inscripción registral del grupo. La decisión sobre las cuestiones comunes es vinculante para todo el grupo en la medida que decida el juez²⁵.

El *Musterverfahren* fue un modelo pensado para inversores de capital al que se recurre en caso de daños en el mercado de capitales, derivados de información falsa o para reclamar el cumplimiento de obligaciones contractuales derivadas de una oferta en relación con el mercado de valores. Los inversores solicitan la celebración de un *Musterverfahren* que se ciñe a cuestiones comunes a todos los afectados por la información falsa o la oferta recibida. La decisión que recaiga les vincula en la medida en que en el posterior proceso individual no pueden alegar hechos nuevos o que se le impidió ejercitar su defensa en el mismo²⁶.

Aunque se aprecia –y critica– tener un carácter fragmentario y sólo relativo a determinado ámbito objetivo de aplicación, el fin común es facilitar la administración más efectiva de las demandas con pluralidad subjetiva, preservando la economía procesal, así como evitar resoluciones contradictorias, mediante

²⁵ Civil Procedure Rules 1998, Practice Direction 19B-Group Litigation (61^a). MULHERON, R. “The case for an opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis”, 15 Colum. J. Eur. L. (2008-2009) pp. 409 y ss. N. ANDREWS, “Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions”, ZZPInt, n. 5, 2000, pp. 3-10.

²⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “El dieselgate ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva” en Revista Indret, número 3, 2021.

suspender todos los procesos pendientes con objeto procesal conexo hasta que se resuelva el proceso elegido como modelo, y vinculando a quienes presentaron las demandas, salvo desvinculación expresa, en su caso.

No son la única alternativa, las diversas iniciativas a las que luego me referiré brevemente aluden a la existencia de diversos mecanismos de tutela: la mediación, el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados o el proceso de escasa cuantía, todos orientados a permitir un acceso a la justicia más simplificado, económico y de carácter transfronterizo, a los que se unen; las órdenes conminatorias, la cooperación en materia de protección de consumidores y las acciones de cesación como instrumentos que facilitan el acceso a la justicia.

Con todo, y como también se reconoce que muchas de tales opciones no fueron creadas para permitir un acceso efectivo a la justicia, cuando un gran número de víctimas sufre un perjuicio similar, la discusión está lejos de encontrar una respuesta unánime.

C) Tratamiento individualizado: Acciones de cesación e inhibición en Italia y sistema de "Boards" finlandés

Desarrollando la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, Italia prevé un mecanismo especial que conduce a la transacción en el caso de *acciones de cesación e inhibición de consumidores*.

En síntesis, se trata asimismo de celebrar un procedimiento de conciliación ante determinados organismos especializados como las Cámaras de comercio, siendo a partir de entonces cuando se permite a los consumidores ausentes ejercer derecho de inclusión (opt-in), negociando ante una "Cámara de Conciliación" el acuerdo alcanzado.

Para su incoación se legitima a las asociaciones de consumidores al igual que el empresario demandado, mediante la interposición de una demanda conciliatoria, antes de la demanda o durante el proceso, incluso hasta en la fase de ejecución.

El acuerdo alcanzado constará en un acta que debe someterse a homologación ante el tribunal, quien, sin embargo, ve limitada su revisión a un control formal del mismo, en el que se echa en falta que se extendiera a la representatividad del actor, y la equidad del acuerdo, justificada por el hecho de que la defensa sobre el fondo de lo acordado se entiende corresponde al organismo público encargado de gestionar el procedimiento de conciliación. Tampoco se tiene en cuenta la posibilidad de la existencia de acuerdos más beneficiosos para unos que para otros, si bien se garantiza que en el marco del acuerdo todos los miembros deben percibir idéntica cantidad. En el momento del reconocimiento del acuerdo, empero, el tercero ausente que entienda que el acuerdo le perjudica podrá alegar que no le alcance.

La homologación judicial dota al acuerdo de fuerza ejecutiva. Hay que tener en cuenta, no obstante, un punto muy importante: el art. 140 bis, sección 14^a, establece un plazo preclusivo para ejercitar el derecho de opt-in. Transcurrido ese plazo, precluirá también para todos los miembros de la clase la posibilidad de entablar un nuevo proceso colectivo (es decir, de ejercitar una nueva acción de clase) sobre los mismos hechos frente al mismo demandado. Sólo habría una excepción a esta regla: los casos en que la transacción se hubiera alcanzado antes de expirar el plazo del art. 140 bis, sección 14^a. En dichas hipótesis, el derecho de los sujetos legitimados no intervinientes a la hora de ejercitar acciones de clase para la indemnización del daño quedaría a salvo.

Respecto de las pretensiones individuales de resarcimiento si bien la norma establece su preclusión, existen dos excepciones: a) para los sujetos que no hubieran tenido oportunidad de hacer uso del derecho de opt-in (de nuevo, casos de transacciones alcanzadas antes de que expire el plazo preclusivo del art. 140 bis, sección 14^a); y b) para los sujetos que, aun habiéndose adherido al proceso en tiempo, hubieran rechazado el acuerdo entre el demandante inicial que promovió la acción de clase y el demandado. Este último caso, desdice en realidad lo prescrito en el art. 140bis, con arreglo al cual, incorporarse (opt-in) conlleva renunciar al derecho a ejercitar acciones a título individual posteriormente; con todo parece que la opinión prevalente va en esta línea²⁷.

²⁷ GIUSSANI, A., "Azione collettive rescitorie nel processo civil", Bologna, Il Mulino, 2009 y "Il nuovo art. 140 bis C.Cons" en *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, 2010.

El sistema de “Boards” en Finlandia, constituye un último modelo singular, articulado en éste país para acceder a la justicia de manera rápida y barata sin tener que acudir a juicio que se sustenta en el hecho de que, si bien la resolución tiene un mero carácter de recomendación, suele aceptarse el resultado.

La primera regulación en materia de consumo se hizo a través de “Consumer Complaint Board”, pero tras la reforma de 2007, en aquellos casos en que la recomendación del “Consumer Complaint Board” no se sigue, el “Consumer Ombudsman” puede reclamar judicialmente a través de una acción colectiva. Algo similar ocurre en Suecia a través del “National Board for Consumer Disputes” (ARN), organismo público no jurisdiccional cuyas resoluciones tienen asimismo valor de meras recomendaciones²⁸.

2. La Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE

Con esta Directiva se abre la posibilidad de las acciones de representación y con ellas las de reparación de daños.

Hasta la fecha la normativa comunitaria ha regulado las acciones colectivas de cesación para la tutela judicial de los consumidores, pero no se ha encargado de contemplar las relaciones entre estas acciones colectivas y las acciones individuales de los consumidores perjudicados tendentes a la remoción de los efectos continuados de la práctica infractora, entre las que se incluye la acción de reparación. La Comisión Europea, consciente de las difíciles relaciones entre las acciones colectivas y las acciones individuales para la tutela judicial de los consumidores –no únicamente en España, sino en otros Estados de la Unión Europea–, ha elaborado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. Así, tras una larga historia de rechazos a la regulación comunitaria de la tutela

²⁸ Informe nacional elaborado por LAURA ERVO, AAVV, “Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada, la liquidación y ejecución de la sentencia en Alemania”, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, ed. 2012.

colectiva²⁹, en fechas relativamente recientes se ha alcanzado una "Propuesta de Directiva" relativa a las "acciones de representación".

Entre la motivación y los objetivos de dicha propuesta destaca la modernización y la sustitución de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, también conocida como "la Directiva sobre las acciones de cesación".

Una acción de representación debe ofrecer una forma eficaz y eficiente de tutelar los intereses colectivos de los consumidores, legitimando entidades habilitadas por cada Estado para actuar con el fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión y superar los obstáculos a los que se enfrentan los consumidores en el marco de acciones individuales, como la incertidumbre acerca de sus derechos y los mecanismos procesales disponibles, y otros como la reticencia psicológica a emprender acciones y el saldo negativo de los costes y los beneficios previstos de la acción individual³⁰.

a) Sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones de representación y requisitos de los mismos

Se legitima a las entidades habilitadas que deberán ser designadas por los Estados miembros, respetando unos criterios mínimos de reputación, lo que constituye una salvaguardia sólida frente a acciones inadecuadas (art. 4 Directiva).

Estas entidades habilitadas deberán cumplir unos criterios mínimos de reputación, que se infieren de estar debidamente establecidas, ser entidades sin ánimo de lucro, y tener un interés legítimo en garantizar el cumplimiento de la legislación pertinente de la Unión Europea.

²⁹ Un resumen en mi trabajo, "Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución", Marcial Pons, 2013, apartado ("A la búsqueda de un remedio común europeo: el recurso colectivo europeo"), pp. 2328.

³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., "¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?" en Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2020, volumen 12, número 2, pp. 1290-1323.

Podrán optar a la condición de entidad habilitada las organizaciones de consumidores y los organismos públicos independientes y las entidades habilitadas deberán ser transparentes acerca de su fuente de financiación con el fin de permitir que el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa se cerciore de que no existen conflictos de intereses ni riesgos de abuso en un supuesto determinado medidas necesarias para evitar que los costes procesales relacionados con las acciones de representación constituyan obstáculos económicos para que las entidades habilitadas puedan ejercer de manera efectiva el derecho a solicitar las medidas previstas, limitar las tasas judiciales o administrativas aplicables; concederles el acceso a la asistencia jurídica gratuita cuando sea necesario; o facilitarles la financiación pública para tal fin (art. 20 Directiva).

Se incide especialmente en las transparencia, tanto en lo relativo a la obligación de informar a los consumidores sobre la acción de representación en curso y el coste asociado pueda repercutirse al comerciante demandado si la acción prospera.

Así, ésta información se ofrecerá a los consumidores perjudicados por una infracción dando una oportunidad razonable para ejercitar acciones de reparación en el marco de las acciones de representación interpuestas en su nombre por las entidades habilitadas o a través de acciones individuales subsiguientes.

La transparencia no alcanza, empero, por exigir a las entidades habilitadas que identifiquen individualmente a todos los consumidores afectados por una infracción.

b) Objeto de las acciones de representación

Mediante las acciones previstas en esta Directiva, las entidades habilitadas podrán solicitar: el cese o la prohibición –cautelar o definitiva– de una práctica que constituya una infracción de la ley, la confirmación de que se ha producido dicha infracción; y las medidas de remoción que eliminen los efectos continuados de la infracción, incluida la reparación –que, por ejemplo, podrá consistir en una indemnización, un arreglo o una reducción del precio–, conforme a las leyes nacionales (art. 7 Directiva). Estas acciones podrán solicitarse mediante una única acción de representación acumulada de forma inicial o sobrevenida o en otras tantas separadas, en las que por ejemplo se solicite primero la cesación y si procede, una orden de reparación.

Tratándose de una *orden de cesación*, no se requerirá del mandato de los consumidores individuales afectados, ni de que se les proporcione pruebas de las pérdidas o perjuicios sufridos. Se trata de una acción de representación en todo su significado. De ahí, que la entidad habilitada sea parte en el procedimiento, pudiendo los particulares beneficiarse del resultado o ejercitar las acciones individuales correspondientes.

Las medidas de remoción para eliminar los efectos de la infracción continuada irán precedidos de una resolución definitiva que determine que una práctica constituye una infracción de la legislación de la Unión Europea.

Cuando solicite una *orden de reparación*, la entidad habilitada facilitará información suficiente, según se requiera en la legislación nacional, para apoyar la acción, incluida una descripción de los consumidores afectados por la acción y las cuestiones de hecho y de derecho que deben resolverse.

Como excepción, al amparo del art. 9 de la Directiva, con el objeto de ofrecer a los Estados miembros flexibilidad en los casos en los que la cuantificación del perjuicio causado a los consumidores afectados por la acción de representación resulte compleja e ineficiente llevarla a cabo en el marco de dicha acción de representación, debido a las características del perjuicio individual a los consumidores afectados, aquéllos tendrán la posibilidad de facultar a los órganos jurisdiccionales o a las autoridades administrativas para decidir motivadamente si, en lugar de una orden de reparación, dictan una resolución declarativa relativa a la responsabilidad del comerciante demandado frente a los consumidores perjudicados por una infracción del Derecho de la Unión, en la que podrán basarse directamente las acciones de reparación subsiguientes por parte de cada consumidor³¹.

Y como excepción a la excepción, las resoluciones declarativas no admisibles en situaciones que no sean complejas. Esto es, no debe accederse a dicha flexibilidad en situaciones de daños masivos de empresa a consumidor, concretamente: a) cuando los *consumidores afectados por una misma práctica son determinables* y han sufrido perjuicios comparables causados por la misma práctica

³¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?” en Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2020, volumen 12, número 2, pp. 1290-1323.

en relación con un período de tiempo o una compra, como en el caso de los contratos de consumo a largo plazo³². Y, b) en supuestos de “escasa cuantía”, en los que varios consumidores han sufrido una pérdida de cuantía tan escasa que resultaría improbable que los aquéllos reclamaran una reparación individual –porque los esfuerzos superarían a los beneficios individuales–, o desproporcionado o impracticable distribuir la reparación entre los mismos³³.

c) Relaciones entre las acciones de representación de las entidades habilitadas y las eventuales acciones de reparación de los consumidores afectados

En algunos supuestos será admisible el ejercicio posterior de acciones individuales de reparación interpuestas por el consumidor, después del ejercicio de la acción de representación por parte de las entidades habilitadas. Este aspecto, que ha supuesto un frente conflictivo constante en España³⁴, se acomete en la Propuesta de Directiva desde tres perspectivas:

1º) Informar a los consumidores afectados del resultado estimatorio de las acciones de representación y de cómo se pueden beneficiar del mismo

La información de resultado estimatorio y de cómo pueden beneficiarse es crucial para su éxito.

³² La premura obliga en tal caso a no precisar del mandato del consumidor y a que la reparación obtenida se destine a los consumidores afectados.

³³ Tampoco se exige el mandato de los consumidores individuales afectados para el ejercicio de la acción. Sin embargo, como en estos supuestos el comerciante que ha cometido la infracción debe indemnizar por los perjuicios causados, los fondos recibidos como reparación a través de acciones de representación deberán destinarse a un objetivo público pertinente que esté al servicio de los intereses colectivos de los consumidores, como, por ejemplo, a un fondo de asistencia jurídica gratuita para los consumidores, a campañas de sensibilización o a asociaciones de consumidores.

³⁴ C. SENÉS MOTILLA, “Vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores en materia de condiciones generales de la contratación” en AAVV (ARMENTA y PEREIRA, coord.), “Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)”, Marcial Pons, 2018, pp. 199-221. L. MORENO GARCÍA, “Acciones ejercitables y acumulación de acciones en materia de cláusulas abusivas”, *ibidem*, pp. 355-371; J. LOPEZ, “Consideraciones sobre la eficacia prejudicial de una acción colectiva” en AAVV “La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI”, MONTESINOS, A. (coord.), Tirant lo Blanch, 2020.

Así, cuando la acción de representación sea estimada, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa exigirá al comerciante que ha cometido la infracción que informe adecuadamente a los consumidores afectados de las resoluciones definitivas que contemplen las medidas acordadas, de las órdenes de cesación definitivas; de las resoluciones definitivas sobre medidas que eliminen los efectos continuados de las infracciones, incluidas las órdenes de reparación definitivas; y, en su caso, de las resoluciones declarativas relativas a la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores, así como de las resoluciones definitivas que aprueben los acuerdos colectivos disponibles mediante los medios adecuados a las circunstancias del caso y dentro de los plazos especificados (art. 13 Directiva).

Esta información podrá facilitarse, por ejemplo, en el sitio web del comerciante, en las redes sociales, en los mercados en línea o en periódicos populares, incluidos los distribuidos exclusivamente por medios de comunicación electrónicos.

Si es posible y procedente, se deberá informar a los consumidores individualmente a través de una notificación personal, mediante el envío de comunicaciones electrónicas o cartas impresas.

Esta información deberá incluir, en lenguaje inteligible, una explicación del objeto de la acción de representación, sus consecuencias legales y, si procede, las acciones que podrán ejercitar posteriormente los consumidores afectados, especialmente para obtener una reparación.

Como señala Martín Pastor, se echa en falta que se informe también a los consumidores, antes, cuando el proceso está en curso, para que puedan intervenir³⁵.

2º) Los efectos probatorios de las resoluciones definitivas dictadas en el proceso de representación, por las que se establece la infracción del Derecho de la Unión, sobre los procesos individuales de reparación subsiguientes

³⁵ J. MARTÍN PASTOR, "La tutela de los intereses colectivos..", cit., en AAVV (ARMENTA y PEREIRA, coord.), "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)", Marcial Pons, 2018, p. 118.

Las resoluciones definitivas de un órgano jurisdiccional o de una autoridad que determinen que un comerciante ha infringido la ley constituirán, dentro del mismo Estado miembro, una prueba irrefutable en las acciones de reparación, y, para los casos presentados en otro Estado miembro, una presunción refutable de que se ha producido la infracción (art. 15 Directiva).

A tal efecto el citado art. 15 contempla los siguientes efectos:

a) La constatación de una infracción establecida en una resolución definitiva, incluida una orden de cesación definitiva, no debiendo ser objeto de un nuevo litigio en las acciones legales subsiguientes relacionadas con la misma infracción cometida por el mismo comerciante, lo que respecta a la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, según se determine en esa resolución definitiva.

De esta forma, la resolución definitiva de una autoridad administrativa o de un órgano jurisdiccional –incluida la orden de cesación definitiva– que determine que un comerciante ha infringido la ley y cometido una infracción que perjudica los intereses colectivos de los consumidores, constituirá una prueba irrefutable sobre la existencia de tal infracción a los efectos de cualquier otra acción subsiguiente para solicitar una reparación por la misma infracción ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

b) Por idénticos motivos de eficacia en casos transfronterizos, la resolución deberá constituir una “presunción iuris tantum” de que se ha producido la infracción; y

c) La resolución definitiva que declara la responsabilidad del comerciante, en casos debidamente justificados en que las características del perjuicio dificultan la cuantificación de la reparación individual, se establecerá de manera irrefutable la responsabilidad a efectos de cualquier acción que solicite una reparación contra el mismo comerciante por esa infracción ante sus órganos jurisdiccionales³⁶.

3º) Efectos suspensivos de una acción de representación en relación con los plazos de prescripción aplicables a las acciones de reparación

³⁶ En casos transfronterizos, dicho efecto no se prevé para las resoluciones declarativas sobre responsabilidad del comerciante frente a consumidores afectados por una infracción.

La interposición de la acción de representación producirá el efecto de suspender o interrumpir los plazos de prescripción a los que esté sujeta cualquier acción de reparación para los consumidores afectados, siempre que los derechos en cuestión estén sujetos a un plazo de prescripción con arreglo a la legislación de la Unión o nacional (art. 16 Directiva). Así, se ofrece a los consumidores perjudicados por una infracción dictada en el marco de las acciones de representación una oportunidad de iniciar acciones de reparación, individuales consecutivas o en el seno de la ya interpuesta.

CONSIDERACIONES ACTUALES SOBRE LA CONSIGNACIÓN EN EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN¹

Marta Artacho Martín-Lagos

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal (Universidad de Granada)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONSIGNACIÓN COMO REQUISITO DEL ANUNCIO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN. III. CONSTITUCIONALIDAD Y FUNCIONES. IV. SUJETOS OBLIGADOS Y EXENTOS. V. SUPUESTOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS. VI. MODALIDADES DE ASEGURAMIENTO. VII. ACREDITACIÓN. VIII. DESTINO. IX. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CONSIGNACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Ejercitar el derecho al recurso ante los tribunales del orden jurisdiccional social resulta especialmente oneroso para las empresas. A diferencia del proceso civil, en el que sólo excepcionalmente se necesita ingresar el importe de la condena para poder utilizar el recurso de apelación o un recurso extraordinario², en el proceso laboral, desde el momento mismo de su nacimiento, se ha exigido a las empresas la consignación de dicho importe como requisito para la admisión de los recursos extraordinarios, tratándose de una institución específica de este proceso que se ha vinculado por el Tribunal Constitucional a su finalidad compensadora de la desigualdad material de trabajadores y empresarios (STC 3/1983, de 25 de enero). En el caso del recurso de suplicación este requisito se

¹ Trabajo realizado dentro del Grupo de Investigación SEJ 422 y publicado, bajo el título “La consignación del importe de la condena como requisito del recurso de suplicación” en “Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social” (<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>).

² Vid. art. 449 LEC.

recoge desde su creación por el Decreto de 11 de julio de 1941³. La LRJS lo exige como requisito del anuncio del recurso y lo regula en el art. 230, dentro del Título dedicado a las Disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación (Título IV del Libro Tercero. De los medios de impugnación). Este precepto, aun siguiendo una línea continuista, introduce novedades y mejoras que, no obstante, no resuelven todas las dudas que la normativa anterior originaba en la práctica judicial sobre la exigencia y alcance de este requisito en el caso concreto, especialmente en relación a las modalidades de aseguramiento y las dificultades de cumplimiento por parte de las empresas en situación concursal. Todo ello es objeto de análisis en este trabajo, junto con la jurisprudencia recaída en esta materia. Aunque esta carga, como se ha puesto de manifiesto, se regula en las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación, este trabajo se centra en la consignación como requisito para la admisión del primero, lo que nos facilitará el examen de sus particularidades en los asuntos de la competencia objetiva del Juzgado de lo Social o del Juzgado de lo Mercantil así como en su tratamiento procesal en las distintas fases su tramitación.

II. LA CONSIGNACIÓN COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A pesar de las vacilaciones jurisprudenciales –el propio Pleno del Tribunal Constitucional en pronunciamientos relativamente recientes como la STC 166/2016, de 6 de octubre, se refiere indistintamente a la consignación como “*presupuesto procesal*” y como “*requisito procesal*” para la admisión del recurso⁴–, no cabe duda que su naturaleza se corresponde con la segunda de estas categorías.

³ Así, como recuerda la STC 3/1983, de 25 de enero, esta obligación comienza en la Ley de Tribunales Industriales de 1912, prosiguiendo en el Código de Trabajo de 1926, en la Ley de Jurados Mixtos de 1931, y en la Ley de 10 de noviembre de 1942, que crea un fondo de anticipos reintegrables al trabajador sobre sentencias recurridas (y que impone un recargo del veinte por ciento), subsistiendo en la Ley de 22 de diciembre de 1949, que regula los recursos de suplicación, casación e interés de ley, y pasando a los distintos textos refundidos de la ley de procedimiento laboral, desde el primero de 1958 hasta el de 1980. Finalmente, declarada por esta Sentencia la inconstitucionalidad del citado recargo, el requisito de la consignación del importe de la condena fue regulado en el art. 227 LPL/1990 y posteriormente en el art. 288 LPL/1995 que introdujo una nueva modalidad de aseguramiento consistente en el aval bancario solidario.

⁴ Fundamento Jurídico 4º.

La consignación es un requisito del que depende la admisibilidad del recurso de suplicación. El derecho al recurso de suplicación⁵ es el derecho a acceder al recurso configurado en la LRJS y, una vez alcanzado éste, el derecho a que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia se pronuncie sobre la presunta infracción cometida por el Juzgado de lo Social o el Juzgado de lo Mercantil. Este derecho se adquiere cuando el recurso es procedente y admisible, es decir, cuando concurren los presupuestos del recurso y el recurrente cumple los requisitos establecidos en la LRJS.

Los presupuestos del recurso de suplicación, determinantes de su procedencia, son circunstancias independientes, anteriores y externas al acto del recurso que se determinan con referencia a la resolución que pretende impugnarse y el proceso en que ha recaído y existen o no con independencia de la voluntad del recurrente. Son presupuestos subjetivos la competencia funcional del órgano jurisdiccional y la capacidad, legitimación y gravamen del recurrente. El presupuesto objetivo es la recurribilidad de la resolución jurisdiccional.

Por el contrario, son requisitos del recurso de suplicación las circunstancias determinantes de su admisibilidad, tratándose de circunstancias coetáneas al acto del recurso y cuyo cumplimiento ya sí va a depender del recurrente. Dentro de este concepto tienen cabida los requisitos de tiempo, lugar y forma de los actos en los que el recurrente prepara y formaliza su recurso de suplicación a los que hay que añadir los requisitos especiales propios de este recurso extraordinario. Así pues, el derecho al recurso de suplicación se ejercita mediante la declaración de voluntad del recurrente que se desdobra en dos actos: el de anuncio y el de formalización del recurso, que inician dos fases del mismo de las que conoce el Juzgado "a quo", la de preparación y la de interposición respectivamente. Ambos actos están sujetos a una serie de requisitos de tiempo, lugar y forma, a los que se añaden otros requisitos especiales, de manera que el incumplimiento de unos u otros puede llegar a determinar, salvo que se trate de defectos subsanables que se corrijan dentro de plazo, la terminación del recurso y, consiguientemente, la firmeza de la resolución impugnada sin que la Sala "ad quem" entre a examinar el fondo o contenido del mismo.

⁵ Este trabajo toma como punto de partida nuestra obra elaborada respecto de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M., *El derecho al recurso de suplicación: procedencia y admisibilidad*, Cizur Menor (Navarra), 2003.

El anuncio es la mera manifestación del propósito de entablar el recurso (art. 194 LRJS) y, aunque sus requisitos formales son mínimos, está sujeto al cumplimiento de requisitos de tiempo y lugar y de otras exigencias como son el depósito para recurrir, el aseguramiento del importe de la condena y la designación de abogado o graduado social colegiado (arts. 229, 230 y 231 LRJS). La interposición del recurso recoge ya los motivos concretos por los que se impugna la resolución. En este caso, a los requisitos de tiempo y lugar se unen requisitos formales y de contenido más rigurosos.

Así pues, la LRJS exige que el anuncio, oral o escrito, del recurso de suplicación vaya acompañado del cumplimiento por el recurrente de unas obligaciones de muy distinta naturaleza y alcance entre las que se encuentra la consignación del importe de la condena, regulada en el art. 230 tanto respecto a las situaciones derivadas de relaciones de naturaleza laboral, en las que nos centramos en este trabajo, como a las surgidas de responsabilidades de la Seguridad Social.

Se trata de un requisito con el que se intenta evitar que quien ha obtenido una sentencia favorable, condenatoria al pago de cantidad, se vea perjudicado por el ejercicio por el condenado de su derecho al recurso, siendo, sin duda, la obligación cuyo cumplimiento resulta más gravoso para el recurrente. La STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 14 de octubre de 2013, recurso de casación para la unificación de doctrina (en adelante r.c.u.d.) núm. 2668/2012, señala que *“la ratio legis de la consignación del actual artículo 230 LRJS, y de sus antecedentes históricos próximos y remotos, es la protección del litigante que debe esperar a la resolución del recurso de suplicación (o de casación) entablado. Lo que, de no haber recurso, se pudo percibir a partir de la sentencia de instancia (o del siguiente grado jurisdiccional), se consigna o deposita hasta el momento en que se dicta la sentencia o resolución que culmina la nueva vía procesal transitada, momento en que procederá o bien la entrega de la cantidad consignada al litigante recurrido, si se confirma la sentencia de instancia, o bien la devolución al recurrente, si su pretensión ha triunfado en suplicación (o casación)”*.

Además, la onerosidad de esta carga se ve aumentada por el hecho de que la consignación del importe de la condena, aunque supone que éste queda a disposición del trabajador si utiliza el mecanismo del anticipo reintegrable, no exime al recurrente cuyo recurso es desestimado de la obligación de pagar

los intereses de mora procesal regulados en el art. 576 LEC. Esta problemática fue abordada por la STC 114/1992, de 14 de septiembre, respecto del anterior art. 921 LEC/1881, en la que se rechaza que se trate de una penalización por recurrir que lesione el art. 24.1 CE al ser la consignación y el pago de intereses instituciones distintas que responden a finalidades diversas. Así, la consignación –como más adelante veremos– es una medida cautelar que tiene como finalidades asegurar la ejecución de la sentencia, reducir el planteamiento de recursos meramente dilatorios y propiciar la operatividad del principio de irrenunciabilidad de los derechos, mientras que el pago de intereses *“posee esencialmente un cariz compensatorio o reparador del perjuicio causado al acreedor por la demora en el pago de una deuda, tratando de conservar su valor nominal consignado en la resolución judicial; es una consecuencia inherente al uso de la administración de justicia que viene a compensar a la parte triunfante en el juicio de los daños que el planteamiento o la continuación del proceso le hubiera podido originar”*⁶. En el mismo sentido, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 8 de mayo de 2014, r.c.u.d. núm. 1680/2013, al abordar la cuestión, no prevista en el art. 576 LEC, de la fecha final del devengo de intereses procesales sostiene que si los mismos *“tienen –fundamentalmente– finalidad indemnizatoria, y si la consignación o el aval bancario ofrecen –básicamente– propósito meramente aseguratorio, ninguna duda cabe respecto de que el resarcimiento que los primeros persiguen no se obtiene con el simple aseguramiento que los segundos comportan, por lo que (...) la obligación legal de abonar intereses solamente se paraliza con el abono del principal o con su equivalente la consignación judicial”*.

III. CONSTITUCIONALIDAD Y FUNCIONES DE LA CONSIGNACIÓN

Las dudas acerca de la constitucionalidad de la consignación fueron abordadas por la STC 3/1983, de 25 de enero, que se pronuncia sobre la presunta

⁶ Por ello, concluye el Tribunal Constitucional que *“la exigencia de abono de intereses no puede calificarse de consecuencia irrazonable o desproporcionada realmente disuasoria del ejercicio del derecho al recurso”*. A pesar de ello, como apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, no debe olvidarse que el montante de los intereses depende de la acumulación de recursos ante el Tribunal que resuelve el recurso y, por ello, aún fuera de los casos de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, debería pensarse, desde el prisma de la legalidad ordinaria, en fórmulas que permitan obtener intereses de la cantidad consignada sin gravar al recurrente.

infracción del principio de igualdad ante la ley y del derecho a la tutela judicial efectiva⁷.

Así, la infracción del art. 14 CE se produciría como consecuencia de exigirse exclusivamente tal consignación al empresario y no al trabajador, entendiéndose, por el contrario el Tribunal Constitucional que cuando se parte de una situación de desigualdad como es la existente entre el trabajador y el empresario el principio de igualdad no sólo no excluye sino que exige el establecimiento de un trato desigual precisamente para contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real que exige el art. 9.2 CE, finalidad a la que sirven no sólo las normas sustantivas sino también las procesales. Por lo tanto, entiende este Tribunal que *“la diferencia de tratamiento en relación a la consignación se vincula razonablemente con la finalidad compensadora del ordenamiento laboral, no constituyendo vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE”*.

Respecto a la compatibilidad de esta consignación con el artículo 24.1 CE, dado que la misma actúa como requisito para la admisión del anuncio del recurso, y es, por ello, un límite al derecho al recurso, el Tribunal Constitucional, de acuerdo con su doctrina sobre el acceso a los mismos, sostiene que la posible oposición de la exigencia de consignar al artículo 24.1 CE exige pronunciarse *“sobre el significado de las cargas impuestas para recurrir y las finalidades que justificarían su imposición desde el punto de vista constitucional”*, para lo cual ha de tomarse como principio básico que *“el derecho a la tutela judicial efectiva puede restringirse en la medida que la restricción actúa al servicio de la efectividad o promoción de otros bienes o derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente protegidas, pues en caso contrario aquélla habría de ser estimada inconstitucional”*. Partiendo de estos planteamientos, el Tribunal Constitucional admite la constitucionalidad de esta consignación en virtud de las tres finalidades que cumple: *“constituye, en primer lugar, una medida cautelar tendente a asegurar la ejecución de la sentencia si posteriormente es confirmada”*⁸ y

⁷ El Pleno del Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Sexta del Tribunal Supremo contra el artículo 170 LPL/1980, regulador de esta consignación como requisito para la preparación del recurso de casación, en términos sustancialmente iguales a los que el art. 154 de la misma Ley, al que la Sentencia aplica las declaraciones que realiza respecto del primero, recogía para el anuncio del recurso de suplicación.

⁸ Como dice más claramente la STC 90/1983, de 7 de noviembre, el derecho constitucionalmente protegido en aras del que se limita el derecho al recurso es, en este caso, el derecho fundamental a la ejecución de la sentencia.

a evitar una eventual desaparición de los medios de pago, impidiendo que recaiga sobre el trabajador el "periculum morae"; en segundo término pretende reducir el planteamiento de recursos meramente dilatorios, sin posibilidades de éxito, que alarguen injustificadamente el abono por el empresario, y en tercer contenido pretende evitar que se lesione el principio esencial laboral de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador".

A estas finalidades, cabe añadir una más, a partir de la LPL/1990, facilitar también la ejecución provisional⁹. Así resulta con claridad del artículo 290.2 y 3 LRJS, relativo a los anticipos reintegrables que el trabajador puede solicitar en los supuestos de ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidad –y que el artículo 301 LRJS declara también aplicable a los supuestos de sentencias de despido no ejecutables provisionalmente conforme a los artículos 297 y ss LRJS–, de acuerdo con el cual si para recurrir la sentencia que provisionalmente se ejecute se hubiere efectuado consignación, el órgano jurisdiccional dispondrá del anticipo con cargo a ella y sólo de no haber sido preceptivo consignar para recurrir, el anticipo se abonará al trabajador directamente por el Estado.

Este precepto resuelve los problemas que originaba su precedente, el art. 288 LPL, en el que no se hacía referencia a la posibilidad de que el aseguramiento se realizara por medio de aval bancario, modalidad introducida por dicha ley como alternativa a la consignación, lo que originó posiciones doctrinales y jurisprudenciales diversas sobre si la finalidad de facilitar la ejecución provisional sólo la cumplía la consignación en metálico y en caso de haberse prestado aval el Estado debía asumir el anticipo o si éste debería realizarse con cargo al aval.

Así, tras recoger el art. 289 LRJS el derecho del trabajador que *"tuviera a su favor una sentencia en la que se hubiese condenado al empresario al pago de una cantidad y se interpusiere recurso contra ella"* a obtener anticipos a cuenta de aquella, garantizando el Estado su reintegro, el art. 290 LRJS contempla la utilización de las distintas modalidades de aseguramiento del importe de la condena. En su apartado 2 establece que *"Si para recurrir la sentencia que provisionalmente se ejecute se hubiere efectuado consignación en metálico, mediante aval o por*

⁹ MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, T. II* (con Iglesias Cabero, Marín Correa y Sampedro Corral), Madrid, 1993, pg. 1279.

cualquier otro medio admitido, el secretario judicial dispondrá el anticipo con cargo a aquélla, garantizándose por el Estado la devolución al empresario, en su caso, de las cantidades que se abonen al trabajador". Se especifica a continuación que "Si el importe de la condena se hubiera garantizado mediante aval o por cualquier otro medio admitido, el secretario judicial, antes de disponer el anticipo prevenido en el párrafo anterior, requerirá a la empresa para que, en el plazo de cuatro días, proceda a consignar en metálico la cantidad a anticipar, disponiendo, luego de acreditada la consignación, la devolución del aval o del correspondiente medio de garantía inicialmente constituido, contra entrega simultánea del nuevo aval o medio de garantía por la menor cuantía relictas. En este supuesto regirá igualmente la garantía por el Estado en los términos establecidos en el párrafo anterior". Completa la regulación de esta materia el apartado 3, conforme al cual "De no haber sido preceptivo consignar para recurrir, el anticipo se abonará al trabajador directamente por el Estado. En este supuesto, el secretario judicial notificará a la Abogacía del Estado testimonio suficiente de lo actuado y le requerirá para que el organismo gestor efectúe el abono al trabajador en el plazo de diez días".

IV. SUJETOS OBLIGADOS Y EXENTOS

El art. 230 LRJS impone la carga de la consignación al "recurrente que no gozare del beneficio de justicia gratuita", lo que se reitera en el art. 229.4 LRJS. Se trata de una particularidad del orden jurisdiccional social, frente a lo dispuesto en el art. 6.5 LAJG que restringe el contenido del beneficio, en lo que atañe a la interposición de recursos, a la exención del pago de depósitos.

En virtud de la remisión que el art. 230 LRJS realiza a la LAJG, y atendida la naturaleza de las obligaciones cuyo cumplimiento trata de asegurar esta consignación, esta carga recae primordialmente sobre las empresas, siendo conveniente hacer las siguientes precisiones:

A) Están exentos, al tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita por ministerio de la ley, los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social [(art. 2.d) LAJG], a los que el art. 21.5 LRJS equipara los funcionarios y personal estatutario en su actuación como funcionarios ante el orden jurisdiccional. Por el contrario, el ATS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 13 de noviembre de 2014, recurso de queja (en adelante r.q.) núm. 9/2014, rechaza que los trabajadores

autónomos económicamente dependientes (TRADEs) tengan la consideración de trabajadores en el sentido material del término a los efectos de disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita y estar exentos del depósito para recurrir previsto en el art. 229 LRJS, lo que también es predicable de la consignación. Y todo ello sin perjuicio de que puedan obtener estos beneficios por la vía administrativa cuando acrediten la insuficiencia de recursos para litigar.

B) La LAJG permite al empresario persona física obtener el derecho a la asistencia jurídica gratuita por vía administrativa, con lo que quedaría exento de la obligación de consignar¹⁰. Ello rige igualmente respecto al trabajador autónomo [ATS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 de septiembre de 2014, r.q. núm. 43/2014].

No obstante, como se ha puesto de manifiesto, el abismo entre el límite de ingresos de la justicia gratuita y la exigencia de consignación o aseguramiento supone la exclusión de facto del acceso al recurso de muchos empresarios en situación de falta de liquidez, de modo que la suplicación se ha convertido en un recurso de trabajadores y empresas solventes¹¹.

C) La LAJG cierra prácticamente el derecho a la asistencia jurídica gratuita a la empresa como persona jurídica, ya que sólo lo tienen reconocido *ex lege* las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, en los términos previstos en el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Disp. Ad. 2ª LAJG), es decir, para la defensa de los derechos de éstos, cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado; las asociaciones de utilidad pública que tengan

¹⁰ Así lo confirma al ATS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 de abril de 2017, recurso de queja (en adelante r.q.) núm. 59/2016, que enlaza esta conclusión con la existencia de la ejecución provisional en la que *“la posibilidad de que sea el Estado quien abone los anticipos reintegrables, cuando no haya sido preceptivo consignar para recurrir, que es el supuesto al que se refiere el art. 230.1 LRJS, sólo puede contemplarse en casos como el presente, en el que la parte condenada sea empleadora y goce, por habersele reconocido expresamente, el beneficio de justicia gratuita”*.

¹¹ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.; *“Desnudando la suplicación”*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 7/20108/2010, pg. 3 (Versión digital), quien sostiene que los trabajadores tienen dos oportunidades efectivas de ganar el pleito (en la instancia y en el recurso de suplicación), mientras que los segundos tienen una sola (la instancia), lo que supone una desigualdad de armas procesales que puede vulnerar el art. 24 CE.

como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad señaladas en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (Disp. Ad. 2ª LAJG); y, por último, las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo, señaladas en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo [art. 2.2.i) LAJG]. Cuando acrediten insuficiencia de recurso para litigar, se reconoce este derecho a las Asociaciones de utilidad pública y las Fundaciones inscritas en el Registro administrativo correspondiente [art. 2.c)1 y 2 LAJG].

Por tanto, la LAJG, atendiendo a la distinta finalidad de las diversas clases de personas jurídicas, reconoce derecho a la asistencia jurídica gratuita únicamente a las de interés general y excluye al resto de entidades asociativas, dado su marcado interés particular, lo que ha sido declarado constitucional por la STC 117/1998, de 2 de junio, al entender que el poder legislativo, al excluir a las sociedades mercantiles del derecho a la asistencia jurídica aun cuando *“acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*, ha respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el art. 119 CE que *“sólo es reconducible a la persona física, única de la que puede predicarse “un nivel mínimo de subsistencia personal o familiar” que no puede dejar de atenderse para hacer frente a los gastos originados en el proceso”*.

D) La obligación de consignar alcanza igualmente a la empresa en situación de concurso de acreedores. Así lo declara la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de noviembre de 2014, r.c.u.d. núm. 857/2014, que reitera pronunciamientos recaídos en diferentes Autos de la Sala, tanto respecto del art. 228 LPL como del art. 230 LRJS, y pone fin a importantes discrepancias en los criterios sustentados al respecto por las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. En síntesis las razones en las que se basa son las siguientes:

a) La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal *“no ha introducido respecto a la obligación de depósito y consignación ninguna modificación, ya que el art. 228 de la LPL mantiene la redacción del RD Leg. 2/1995”*.

b) *“La mera admisión del concurso (...) no es equiparable a la insolvencia del empresario y ni siquiera tiene por qué presuponer falta de liquidez porque de la*

misma forma que los administradores judiciales pueden autorizar el pago de facturas o de los salarios de quienes continúan trabajando, también podrían efectuar consignaciones en metálico o mediante aval bancario solidario como exige el art. 228 LPL, o, en último extremo, a través, en su caso, de la autorización del Juez mercantil para "enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa" (art. 43 Ley 22/2003) del concursado".

c) La exigencia o cumplimiento de la consignación como requisito de recurribilidad *"no afecta a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 CE, en su primordial vertiente de acceso a la jurisdicción, sino únicamente en lo referente al acceso al recurso, que, como se sabe, al menos en el ámbito laboral, no es de configuración constitucional sino legal y, precisamente, ha sido la ley la que ha establecido tal requisito para poder acceder al recurso; el problema, pues, carece de dimensión constitucional, circunscribiéndose al ámbito legal, que es igualmente en el que opera el proceso concursal, en el que, además, tanto las garantías del concursado como las de los demás acreedores –cuando, como sería el caso, la sentencia ha quedado firme por la ausencia de consignación–, no resultan perjudicadas porque la deuda que en ella se reconoce, en principio, habrá de ejecutarse sometándose al procedimiento concursal.*

d) La obligación de consignar por parte de la empresa al no serle aplicable la exoneración prevista en la LAJG.

Aún ratificada la constitucionalidad de esta decisión por la STC 166/2016, de 6 de octubre –en la que, como veremos, se rechaza la posibilidad de aportar como medio sustitutivo de la consignación certificación de la administración concursal reconociendo a las cantidades objeto de condena como créditos contingentes en el procedimiento concursal– consideramos que conservan su validez las objeciones que, con anterioridad a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, formuló la doctrina: la eliminación por el art. 55 de la Ley Concursal del beneficio de la ejecución separada en la jurisdicción social implica que aunque el recurrente concursado consigne el importe de la condena, recaída sentencia firme confirmando la condena inicial, el Juzgado de lo Social no puede iniciar ejecución alguna poniendo a disposición del actor el importe consignado ni ejecutando el aval. Lo que tendría que hacer el demandante es acudir al cobro en los términos y condiciones que resulten de la resolución del concurso de acreedores. Por lo tanto, la consignación se convierte en un mero requisito

formalista, vaciado de la finalidad que lo justifica¹². La imposibilidad de cumplir la finalidad nos debería llevar a la no exigibilidad del requisito, pues sería inocuo exigir algo que posteriormente y por imperativo de la normativa concursal, no podría cumplir con la finalidad pretendida y en que se justifica¹³.

E) En el caso de condenas solidarias, el art. 230.1. II LRJS recoge la doctrina unificada de Sala de lo Social del Tribunal Supremo, elaborada ante la ausencia de previsión respecto a esta materia en la LPL, conforme a la cual *“la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos”*. Así, como ya razonara el ATS (Sala de lo Social) de 10 de diciembre de 1998, r.q. núm. 1325/1998, es necesario que cada una de las empresas recurrentes consigne la totalidad de la condena, sin que la consignación de uno de los obligados aproveche a los demás, ya que *“si el recurso de quien ha depositado o afianzado es estimado, habrán de serle devueltos los depósitos y levantado el aval, con lo que quedará la obligación de los restantes obligados sin depósito ni caución”*. No obstante, la STS (Sala de lo Social) de 5 de junio de 2000, r.c.u.d. núm. 2469/1999, declara que tal riesgo no existe y, por tanto, cabe una sola consignación, cuando la sentencia declara la existencia de un grupo de empresas y esa declaración no se cuestiona en el recurso. Por último, el Auto anteriormente citado admite la posibilidad de realizar un único depósito o aval *“con afección conjunta y solidaria a las obligaciones de cada uno de los condenados y recurrentes”*¹⁴.

¹² DE ARMÍÑO RODRÍGUEZ, J. A., *“Sobre la (in)constitucionalidad del deber de consignar la cantidad objeto de la condena para tener acceso al recurso en la jurisdicción social en el caso de empresas en concurso de acreedores”*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 857/2012, pg. 1 (Versión digital).

¹³ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., *“La consignación en recursos laborales en el supuesto de concurso de acreedores de la recurrente”*, Diario La Ley, núm. 7998, 10 Enero 2013, pg. 6 (Versión digital).

¹⁴ Por otra parte, cuando quien recurre es el condenado subsidiariamente, las SSTSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 1 de febrero de 1993, r.q. núm. 130/1992 y Aragón (Sala de lo Social) de 12 de mayo de 1993, r.q. núm. 327/1993, exigen que éste consigne el importe de la condena, por entender que la LPL, y lo mismo cabe decir respecto a la LRJS, al establecer este requisito, no distingue entre condenado principal y condenado subsidiario.

F) La obligación de consignar, como ha declarado la STC 172/1985, de 16 de diciembre, también recae sobre aquellos *“otros sujetos que, pese a no estar vinculados por una relación laboral con el trabajador o trabajadores demandados, asumen solidariamente o se subrogan por imperativo legal o a resultas de un contrato de naturaleza civil o mercantil en responsabilidades nacidas de la celebración de un contrato de trabajo o con ocasión de su ejecución”*¹⁵.

G) Por último, están exentas, al tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita *ex lege*, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social [(art. 2.b) LAJG].

No obstante, debe tenerse en cuenta que no sólo están exentos de la obligación de consignar las personas que gozan del derecho a la asistencia jurídica gratuita, ya que el art. 229.4 LRJS, como uno de los privilegios procesales de los entes públicos, declara la exención –tanto de la consignación como del depósito– del *“Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales”*, armonizando el contenido de la norma con lo previsto en el art. 12 y la Disposición Adicional 4ª de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones públicas así como en la normativa específica de las entidades locales. El ATS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 de junio de 2019, r.q. núm. 1/2019, declara que las sociedades mercantiles públicas no están exentas de consignar, en concreto respecto a una sociedad anónima municipal. En el mismo sentido, respecto a una sociedad mercantil pública autonómica, la STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), recurso de suplicación (en adelante, r.s.) núm. 1882/2018.

¹⁵ En este caso la recurrente en amparo era una compañía de seguros, condenada en una reclamación de indemnización por accidente de trabajo, al pago de la cantidad cubierta por la póliza de seguros suscrita con el empresario codemandado, y cuyo recurso fue inadmitido por el Tribunal Central de Trabajo por falta de consignación. Declara el Tribunal Constitucional que esta condena *“arrastra todas las consecuencias que la legislación procesal determina, y entre ellas el cumplimiento de los requisitos necesarios para poder discutir mediante el recurso de suplicación la propia legalidad del mecanismo subrogatorio aplicado en la Sentencia de instancia”*, y que *“no es rebatible la racionalidad de la aplicación al solicitante de amparo del requisito para recurrir en suplicación establecido en el art. 154 LPL (actual art. 228), pues la constitución del depósito estaba llamado a cumplir en el presente caso y de manera íntegra las funciones propias de esta exigencia procesal”*.

El Tribunal Constitucional ha considerado que esta exención es una medida “*constitucionalmente legítima, pero neutra*” (STC 64/1988, de 12 de abril) y, además, como se ha puesto de manifiesto¹⁶, la justificación de este privilegio procesal puede encontrarse en la dificultad para que, con arreglo a las técnicas presupuestarias, se pueda disponer de las cantidades necesarias en los breves plazos legalmente previstos, junto a la solvencia de los entes públicos¹⁷, a pesar de lo cual no faltan autores que critican abiertamente la exención por tratarse, a su juicio, de los peores pagadores¹⁸.

Por último, como novedad, el art. 229.4 LRJS extiende la exención a los sindicatos. La discrepancia entre este precepto y el art. 20.4 del mismo texto legal que, aunque reconoce esta exención a los sindicatos “*en todas sus actuaciones ante el orden social*”, les restringe el beneficio de justicia gratuita a los supuestos en que “*ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la seguridad social*”, ha sido resuelta por la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 4 de diciembre de 2018, r.c.u.d. núm. 4553/2017, siguiendo la doctrina sentada por el Pleno de la propia Sala en Sentencia de 11 de mayo de 2014, r.c.u.d. núm. 3323/2014 respecto a la condena en costas del Sindicato, declarando que “*es evidente que la intención legislativa de otorgar determinados beneficios a los Sindicatos se amparaba y tenía como base su participación procesal en representación de los intereses de los trabajadores y. por ello, cuando actúan fuera de ese ámbito de representación no es posible exonerarle de aquellas obligaciones de acceso al recurso*”. Así pues, no está exento de depósitos y consignaciones el Sindicato que actúa en el proceso como empleador.

V. SUPUESTOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS

A diferencia del depósito de 300 euros, exigido en el recurso de suplicación contra sentencias y autos (art. 229.1 LRJS), el artículo 230.1 LRJS refiere la

¹⁶ BUTRÓN BALIÑA, P., “*Los privilegios procesales del Estado y la Ley 52/1997, de 27 de noviembre*”, La Ley, diciembre 1998, núm. 4699, pg. 11.

¹⁷ También ORDEIG FOS, J. M., “*Recurso de suplicación: puntos críticos*”, Actualidad Laboral, 1992, II, pg. 513, señala específicamente respecto de la consignación prevista en el art. 228 LPL que no cabe sospechar que estos entes se hagan insolventes o dejen de cumplir la condena.

¹⁸ MONTERO AROCA, J., *Comentarios...*, II, cit., pg. 1281.

obligación de consignar únicamente al supuesto en que *“la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad”*, por lo tanto, no existe esta obligación en el caso de condenas de dar, hacer o no hacer alguna cosa¹⁹, ni respecto de sentencias meramente declarativas o constitutivas²⁰: No obstante, esta previsión requiere las siguientes precisiones y matizaciones:

A) El importe de la consignación será, conforme al artículo 230 LRJS, la cantidad objeto de la condena. Facilitan su cuantificación los preceptos de la LRJS dirigidos a evitar las sentencias ilíquidas. Así, el art. 87.5 LRJS exige que las partes demandante y reconviniendo determinen en sus conclusiones de manera líquida las cantidades que, por cualquier concepto, sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria y el art. 99.1 LRJS dispone que *“en las sentencias en las que se condene al abono de cantidad, el juez o tribunal la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución”*. En esta cantidad no se incluyen los intereses legales de demora, ya que la obligación de consignar *“no puede comprender algo que se presenta indeterminado en cuanto a su cuantificación, cuya concreción corresponde a otra fase del proceso”* [ATS (Sala de lo Social) de 5 de julio de 1999, r.c.u.d. núm. 1577/1998], sin que tampoco alcance a los conceptos de costas procesales y honorarios de letrado [ATS (Sala de lo Social) de 22 de noviembre de 2000, r.q. núm. 2511/2000].

B) Las novedades introducidas en la LRJS en relación al proceso de conflicto colectivo, específicamente la posibilidad de que en el mismo se formulen pretensiones que den lugar a sentencias de condena susceptibles de ejecución individual (arts. 157.1.b) y 160.3 LRJS), originaron dudas sobre la necesidad de consignación del importe de la condena por la empresa para recurrir en suplicación –o en casación ordinaria, cuando se trata de conflictos cuya extensión determina la competencia objetiva de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional– (arts. 6.1, 7.a) y 8.1 LRJS). En un primer momento, la STS (Sala de lo Social, Sec. 1) de 17 de septiembre de 2013, r.c.u.d. núm. 3089/2012, rechazó la necesidad de consignación en base a las siguientes consideraciones: *“a) ni el invocado artículo 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ni tampoco en ninguno de los artículos 153 a 169, de la misma Ley, que regulan la modalidad procesal del conflicto colectivo, establecen, la expresa obligación de consignar la cantidad objeto de la*

¹⁹ MOLINER TAMBORERO, G.: *El recurso laboral de suplicación*, Bilbao, 1991, pg. 82.

²⁰ MONTERO AROCA, J., *Comentarios...*, II, cit., loc. cit.

condena para poder recurrir la sentencia dictada en el proceso de conflicto colectivo; y, b) dicha sentencia, que conforme y con las reglas que establece el artículo 247 de la LRJS, puede ser objeto de ejecución definitiva cuando haya recaído en conflicto colectivo y haya estimado una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, por regla general y salvo circunstancias especiales –que aquí no concurren–, cabe entender que no es susceptible de ejecución provisional, lo que descarta la necesidad de la consignación”. Más adelante la Sala matiza su postura señalando la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 de septiembre de 2018, r. de casación (en adelante r.c.) núm. 44/2018 que *“es evidente que la parte que pretenda recurrir la sentencia (...) deberá consignar la cantidad objeto de condena cuando la que se dicte contenga una pretensión de dicha naturaleza, susceptible de ejecución individual, pero ello no significa que todas las pretensiones de condena estén sometidas a ese requisito ya que no siempre, ni en todo caso, nos encontraremos ante una condena que, alcanzada la firmeza de la sentencia, pueda ser cumplida o ejecutada inmediatamente tomando a tal fin y sin más la cantidad consignada, por ser ese su destino legal. Y ello porque, como ya ha dicho esta Sala, para que una sentencia dictada en el proceso de conflicto colectivo sea ejecutada debe contener una condena en los términos que precisa el art. 160.3 de la LRJS. Es más, resulta que esa condena se somete a los trámites de ejecución que se recogen en el art. 247 de la LRJS, durante la cual deberán perfilarse los sujetos beneficiados por la ejecución y los términos de la misma, de manera que no podría hablarse de una ejecución inmediata que pudiera tener por ejecutada la condena con la simple puesta a disposición de los acreedores de las cantidades consignadas”*²¹. Cabe concluir que el cumplimiento por parte de la sentencia de condena de los requisitos necesarios para su ejecución individual no supone necesariamente que la misma contenga la cuantificación necesaria para que sea exigible la consignación y serán excepcionales los supuestos en los que así suceda en la práctica.

C) Los principales problemas en esta materia se han planteado respecto a los conceptos que debe comprender la consignación en los casos en los que el empresario recurre en suplicación la sentencia en la que el Juzgado de lo Social declara el despido nulo o improcedente.

²¹ En la misma línea el ATS (Sala de lo Social) de 2 de octubre de 2019, r.q. núm. 5/2019, señala que *“la exigencia del artículo 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no se cumple con la consignación de una cantidad aproximada, sino con la de la cuantía exacta de la condena, no en vano el propio precepto permite la subsanación de la insuficiencia de la misma y en la medida en la que dicha cantidad exige de operaciones individualizadas, que sin duda requerirán del trámite incidental previsto en el artículo 247 de la citada Ley, trámite que no se contempla a efectos de consignación, debemos concluir que la decisión de tener por no preparado el recurso no se ajusta a las exigencias legales”.*

Tras la modificación del art. 56.2 ET y el art. 110.1 LRJS por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, confirmada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de la misma denominación, que afecta al despido improcedente, cabe distinguir:

a) Despido declarado nulo. Cuando la sentencia declara nulo el despido, con la consiguiente condena al empresario a la inmediata readmisión del trabajador, la consignación sólo se referirá, como resulta de los art. 113 LRJS y 55.6 ET, a los salarios de tramitación.

b) Despido declarado improcedente, con opción del empresario. Cuando la sentencia declara el despido improcedente y corresponde al empresario recurrente la opción entre readmisión e indemnización por tratarse de un trabajador común (arts. 110.1 LRJS y 56.1 y 2 ET), se cuestionó si el importe de la indemnización tenía que consignarse en ambos casos o si ello era innecesario cuando se optaba por la readmisión; entendiendo el Tribunal Constitucional que la opción por la readmisión no libera al empresario de consignar o asegurar la indemnización alternativa.

Así, en la STC 90/1983, de 7 de noviembre, se afirma que la finalidad de la consignación como medida cautelar para garantizar la efectividad del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia también tiene sentido en el caso en que el empresario opte por la readmisión, ya que *“la garantía de la ejecución de la sentencia comprende la de todas las incidencias que puedan producirse en tal ejecución”* y entre ellas las derivadas de la no readmisión o de readmisión irregular, en cuyo caso el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo, que dará lugar al abono de la correspondiente indemnización, y respecto de esta ejecución *“resulta clara que el depósito del importe de la indemnización cumple una función cautelar”*. La STC 176/2016, de 17 de octubre confirma esta doctrina.

En cuanto a la consignación de los salarios de tramitación, tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, confirmada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de la misma denominación, únicamente deberá realizarse cuando el empresario opta por la readmisión. Ello es así porque, como se afirma en la citada STC 176/2016, de 17 de octubre, *“cuando el empresario opta por el pago de la indemnización, exigir la consignación de los salarios de tramitación para recurrir en suplicación no constituye una medida cautelar para garantizar la ejecución de*

la sentencia” puesto que el empresario no puede modificar su opción una vez recaída la sentencia que resuelve el recurso de suplicación ni el Tribunal puede apreciar de oficio la nulidad del despido²².

c) Despido declarado improcedente, con opción del trabajador. Por último, cuando la sentencia declara el despido improcedente y la opción corresponde al trabajador por tratarse de un representante legal o sindical de los trabajadores (arts. 110.2 LRJS y 56.4 ET), si éste opta por la indemnización, el empresario recurrente deberá consignar ésta; mientras que si opta por la readmisión únicamente deberán consignarse los salarios de tramitación, entendiendo en este caso el Tribunal Constitucional en la Sentencia 142/1985, de 23 de octubre, que, dado el régimen singular que establece el ET, de acuerdo con el cual si el trabajador opta por la readmisión la misma tendrá carácter obligatorio, *“la consignación del importe de la indemnización no es una medida que, en el supuesto al que se refiere el presente amparo, garantice la ejecución de la sentencia, pues no cabe indemnizar”*. Añade, por ello, que *“eliminada la condena a la que sirve por razones cautelares la consignación, lo que sucede tan pronto como el representante consume su opción por la reincorporación –momento en el que el pago de indemnización a metálico pierde “ex lege” su virtualidad como condena alternativa– decae la exigencia misma de consignar, que deviene un requisito procesal vacío de contenido”*.

D) En cuanto a si es necesario consignar para recurrir en casación para unificación de doctrina, así lo dispone el art. 230.1.III LRJS: *“Cuando la condena se haya efectuado por primera vez en la sentencia de suplicación, o se haya incrementado en la misma la cuantía previamente reconocida en la sentencia de instancia, la consignación o aseguramiento regulados en el presente artículo se efectuarán por primera vez, o se complementarán en la medida correspondiente, al preparar el recurso de casación”*.

E) Por último, como regla general no es necesario consignar en el recurso de suplicación contra autos. No obstante, como novedad frente a la regulación contenida en la LPL, el art. 245 LRJS, si bien dispone que no es necesario efectuar consignaciones para recurrir los autos dictados en ejecución, al carecer el recurso de efectos suspensivos, por lo que exigir la consignación supondría la existencia de una dualidad

²² Un comentario de esta sentencia puede verse en RIOS MESTRE, J. M., *“La consignación para recurrir en los despidos improcedentes. STC 176/2016, de 17 octubre”*, Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 196/2017.

de garantías, exceptúa el auto resolutorio del incidente de no readmisión *“de no existir en la ejecución en el momento del anuncio o de la preparación, embargo actual y suficiente de bienes o derechos realizables en el acto o ingreso de cantidades en la cuenta del juzgado para atender al importe objeto de la ejecución”*.

VI. MODALIDADES DE ASEGURAMIENTO

La LPL/1980, al igual que los anteriores textos legales reguladores de esta materia, recogió la consignación en metálico como única modalidad de aseguramiento del importe de la condena. No obstante, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 3/1983, de 25 de enero, que declaró la constitucionalidad de esta carga, reconoció que determinados aspectos de su regulación la convertían en gravosa, en especial la exigencia de que se hiciera necesariamente en metálico y dentro del breve plazo fijado por la ley, afirmando que *“en determinados supuestos excepcionales, la plena adecuación al derecho constitucional puede exigir una mayor flexibilidad en la aplicación de la norma reguladora de esta carga”*. Por ello, se manifestó a favor de una reforma legislativa *“que evitase la imposibilidad del recurso en supuestos de falta de medios o de simple falta de liquidez –a través, en este último supuesto de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica–, aval bancario, depósito de valores...”* y, en tanto no se produjese, señaló que los Tribunales deberían efectuar *“una interpretación progresiva y casuística de acuerdo con el artículo 24 CE y con el contenido del art. 3 CC y especialmente ponderando el art. 119 CE que (...) por su generalidad y amplitud acoge entre otras posibles soluciones la aceptación de medidas que puedan ser distintas a la estricta y gravosa consignación en metálico, cuando no existe una posibilidad material de efectuarla o suponga un grave quebranto, aceptando medios sustitutivos menos estrictos y suficientemente garantizadores de la ejecución posterior de la sentencia en favor de los trabajadores”*²³.

²³ La crítica a esta postura del Tribunal Constitucional puede verse en el voto particular que realiza el Magistrado Arozamena Sierra, quien, por entender que la modalidad única de consignación podía obstaculizar el derecho al recurso de casación o suplicación, era partidario de tratar el tema mediante soluciones generales y no mediante la recomendación o imposición de cánones o criterios interpretativos. También se muestra especialmente crítico VEGAS TORRES, J., *Sobre el requisito de consignación del importe de la condena para recurrir en el orden laboral*, Revista española de Derecho del Trabajo, pg. 232, quien sostiene que el Tribunal Constitucional no está interpretando nada, sino que está lisa y llanamente legislando, lo que excede del ámbito de sus atribuciones.

Ello dio lugar a una serie de pronunciamientos dictados en amparo en los que el Tribunal Constitucional sentó la doctrina de que *“sobre el empresario recae la prueba que pueda permitir este tratamiento excepcional sobre la consignación y el ofrecimiento en el momento de hacerlo al órgano jurisdiccional de medios alternativos de consignación segura”* (STC 9/1983, de 21 de febrero), correspondiendo a éste *“la debida valoración de la especificidad del supuesto de hecho y la determinación de la solución concreta que garantice a la vez los dos derechos enfrentados: de un lado, la posibilidad de ejercitar el derecho de defensa en nueva instancia en el recurso de suplicación, y de otro, la posterior ejecución de la sentencia en el caso de que prospere (sic) el recurso”* (STC 100/1983, de 18 de noviembre).

Estos pronunciamientos sobre la posibilidad de utilizar medios alternativos fueron tenidos en cuenta por la LBPL que dispuso en su Base 36.2 que *“los avales bancarios constituirán garantía suficiente para recurrir”* y, de conformidad con ello, el art. 227 LPL/1990, y el artículo 228 LPL permitieron –como se adelantó– que la consignación en metálico del importe de la condena pueda sustituirse por el *“aseguramiento mediante aval bancario, en el que deberá hacerse constar la responsabilidad solidaria del avalista”*.

Se admite, por tanto, una segunda modalidad de aseguramiento sin que, además, su utilización se condicione a la acreditación de iliquidez o de falta de medios, pudiendo el recurrente optar libremente entre la consignación en metálico o el aseguramiento mediante aval bancario solidario²⁴.

Lo anterior debía significar que el poder legislativo, dentro de los medios posibles de sustitución de la consignación estricta y en uso de su discrecionalidad política, había estimado que el único medio garantizador de las finalidades de la consignación era el aval bancario solidario, de manera que todos los demás medios quedaban de modo implícito descartados²⁵; siendo ésta la opinión

²⁴ MONTERO AROCA, J., *Comentarios...*, II, cit., pg. 1283; SEMPERE NAVARRO, A. V., *Curso de procedimiento laboral* (con Montoya Melgar, Galiana Moreno y Ríos Salmerón) 5ª ed., Madrid, 1998, pg. 345; y GOERLICH PESET J. M., *Derecho...*, cit., pg. 407.

²⁵ MONTERO AROCA, J., *“La consignación del importe de la condena y el derecho a los recursos devolutivos en el proceso laboral”*, Actualidad Laboral, 1994, II, pg. 387.

dominante en la doctrina²⁶. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional, al abordar nuevamente el problema en la Sentencia 30/1994, de 27 de enero, admitió una tercera modalidad de aseguramiento consistente en la hipoteca unilateral, concediendo el amparo frente a las decisiones de los tribunales ordinarios que rechazaron esta garantía, por entender el Tribunal Constitucional que aquellas se basaron *“en razones estrictamente formalistas contrarias a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva”*. Con todo, el problema reside en determinar si la hipoteca cumple las finalidades de la consignación y, en concreto, la primordial de ellas que no es otra que garantizar la ejecución de la sentencia. Así lo entiende el Tribunal Constitucional, para el que *“a efectos de la consignación no puede considerarse inadecuado un instrumento de garantía del pago que hubiera resultado admisible en fase de ejecución”*. No obstante, puso de manifiesto MONTERO AROCA²⁷, no se trata sólo de garantizar la ejecución de la sentencia sino de hacerlo fácil e inmediatamente²⁸, como sucede con la consignación en metálico y el aval, los cuales evitan toda la tramitación del proceso de ejecución por obligaciones dinerarias, lo que no ocurre con la hipoteca; a lo que añadimos nosotros el problema de la difícil valoración de los bienes y del resultado incierto de las subastas que deberán realizarse en la ejecución. Además, la hipoteca tampoco facilita la ejecución provisional de la sentencia condenatoria al pago de cantidades²⁹.

Finalmente, el Tribunal Constitucional dio marcha atrás en la Sentencia 64/2000, de 13 de marzo, afirmando que el caso contemplado en la STC 30/1994, de 27 de enero, era *“límite y excepcional”* y que *“obviamente, la liquidez de la garantía se pierde si se sustituye por una garantía real, cuya realización ulterior imponga la dilación de un inevitable trámite de ejecución y al tiempo de inseguridad añadida sobre la eventual devaluación de los bienes...”*. Por todo ello, concluye

²⁶ MOLINER TAMBORERO, G.: *El recurso...*, cit., pg. 82. Para este autor, ante la limitación del texto legal y la inseguridad o dificultades que conllevan otros medios de aseguramiento como la hipoteca, la prenda, los valores públicos o acciones o la fianza personal de un tercero, lo lógico era entender que se concreten las garantías admisibles en las dos previstas expresamente, eliminando las demás.

²⁷ MONTERO AROCA, J., *“La consignación...”*, cit., pgs. 392 y ss.

²⁸ El propio Tribunal Constitucional, en la STC 99/1989, de 5 junio (RTC 1989, 99), reconoce que la finalidad de la consignación *“no es simplemente la de garantizar la ejecución de la sentencia sino más propiamente la de asegurar su “inmediata” ejecución”*.

²⁹ MONTERO AROCA, J., *“La consignación...”*, cit., pg. 393.

que *“el sistema legal justificable constitucionalmente, según nuestra doctrina, como medio de compensación de la desigualdad originaria entre trabajador y empresario (STC 3/1983, de 25 enero), se distorsiona notablemente aceptando medios de garantía, como la garantía real, que no cumplen en su totalidad la finalidad perseguida por aquél”*³⁰. Más recientemente, el Tribunal Constitucional se pronuncia en el mismo sentido respecto a una empresa en situación pre-concursal, rechazando la STC 173/2016, de 17 de octubre, como medio sustitutivo la escritura de hipoteca inmobiliaria unilateral.

La LRJS manteniendo las dos modalidades de aseguramiento, endurece las condiciones del aval, al exigir el art. 230.1, reproduciendo los términos del art. 449.5 LEC, que se trate de un *“aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento”*³¹ aunque en términos más restrictivos ya que exige que sea prestado por entidad de crédito excluyendo a las sociedades de garantía recíproca³² sin contemplar tampoco la referencia a *“cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada o depositada”*, contenida en el precepto procesal civil.

La crisis económica ha acentuado el problema del acceso al recurso de suplicación por parte de las empresas en situación concursal a las que, como ya hemos puesto de manifiesto, alcanza la obligación de consignar [STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 de noviembre de 2014, cit.] y que, ante las dificultades para disponer del importe de la condena y para obtener un aval bancario han intentado ofrecer otro medio de aseguramiento: la certificación de la administración concursal reconociendo a las cantidades objeto de condena como créditos contingentes en el procedimiento concursal. El Tribunal Constitucional ha confirmado la doctrina jurisprudencial que rechaza esta forma de cumplimiento del requisito de la consignación. Así, la STC (Pleno) 166/2016,

³⁰ El Tribunal Constitucional acoge esta doctrina en el Auto 3721/2001, de 20 de febrero.

³¹ El ATS (Sala de lo Social) de 23 julio de 2013, r.q. núm. 135/2012, especifica que no es exigible la intervención de fedatario público respecto del aval.

³² El ATS (Sala de lo Social) de 24 de julio de 2013, r.q. núm. 109/2013, declara que el aval de garantía recíproca no es alternativa válida a los efectos de cumplimiento del requisito del art. 230.1 LRJS, no obstante, en virtud del principio “pro actione” concede a la empresa recurrente el plazo pendiente de una audiencia para su cumplimiento.

de 6 de octubre³³, declara que no puede tildarse de irrazonable, arbitraria o incurso en error patente y, por tanto, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso, la decisión judicial de no tramitar el recurso de suplicación por incumplimiento en estos casos de la obligación de consignar el importe de la condena al no considerar válida esta fórmula. Tras recordar los pronunciamientos en los que ha flexibilizado la interpretación de este requisito, señala que en este caso *“lo que defiende la recurrente no es propiamente la flexibilización de los medios legales de consignación de la cantidad objeto de condena a cambio de garantías de pago que por su naturaleza puedan estimarse suficientes para, en su caso, llevar a cabo con éxito e inmediatez el cobro del total íntegro de la indemnización. Por el contrario, lo que la recurrente pide es que se acepte como sustitutivo de la consignación el mero reconocimiento por los administradores concursales de que, en el marco del concurso, las cantidades a que había sido condenada la entidad constituyen «créditos contingentes sin cuantía propia con la calificación de ordinarios». Esta condición atribuida a las referidas cantidades ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 87.3 de la Ley concursal 22/2003, en el que se indica que «los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio», si bien, con «suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro». En realidad, pues, en este supuesto no se ofrece una garantía alternativa a la consignación en los términos exigidos por los pronunciamientos constitucionales antes referidos, sino sólo la certificación de que las cantidades objeto de condena en la Sentencia del Juzgado habían sido reconocidas como créditos contingentes en el concurso, con la consiguiente sujeción a las reglas de la Ley concursal y, en su caso, al orden de preferencia en el pago que legalmente resulte”*.

VII. ACREDITACIÓN DE LA CONSIGNACIÓN

Conforme al art. 230.1 LRJS, la consignación en metálico deberá realizarse en la entidad de crédito designada por el Ministerio de Justicia y en la “Cuenta de depósitos y consignaciones” abierta a nombre del Juzgado de instancia;

³³ Vid. el examen detallado de esta sentencia que realiza RIOS MESTRE, J. M., *Reflexiones sobre la consignación en los recursos laborales*, Albacete, 2017, pgs. 148 y ss.

debiendo el recurrente presentar en el Juzgado "a quo" el resguardo acreditativo de dicha consignación, que quedará bajo la custodia del Letrado de la Administración de Justicia, que expedirá testimonio del mismo para su unión a los autos, facilitando el oportuno recibo. Mientras que si el aseguramiento se ha realizado mediante aval bancario, será el documento acreditativo del mismo el que se entregará en el Juzgado, quedando igualmente bajo la custodia del Letrado de la Administración de Justicia, uniéndose testimonio a los autos y otorgándose al recurrente el correspondiente recibo.

En cuanto al momento de la acreditación, el apartado 3 del art. 230 LRJS exige que sea al anunciar el recurso y sólo si el anuncio se hubiera realizado por medio de mera manifestación en el momento de la notificación de la sentencia permite efectuarlo hasta la expiración del plazo establecido para el mismo, debiendo acreditarlo dentro del mismo plazo ante la oficina judicial, cuando lo lógico sería aplicar en todo caso esta regla flexibilizadora. Así lo ha entendido finalmente la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 12 de septiembre de 2018, r.c.u.d. núm. 607/2017, que, armonizando posiciones discrepantes, frente a una interpretación restrictiva del art. 45.1 LRJS que únicamente permite aplicar al anuncio del recurso de suplicación la posibilidad de presentar escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día posterior al último del plazo habilitado al efecto, admite, en aplicación del principio "*pro actione*", que la obligación de consignar el importe de la condena (requisito imprescindible pero accesorio) pueda llevarse a cabo dentro del plazo procesal fijado para el requisito principal (anuncio del recurso).

VIII. DESTINO DE LA CONSIGNACIÓN

Dado que la finalidad primordial de la consignación consiste en garantizar la ejecución de la sentencia, el destino de la misma está ligado al resultado del recurso. La LRJS distingue las siguientes posibilidades: a) Si la Sala de suplicación revoca totalmente la sentencia de instancia, el fallo, dispondrá "*la devolución de todas las consignaciones (...) y la cancelación de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia*" (art. 203.1 LRJS); b) Si la Sala estima parcialmente el recurso, condenando a una cantidad inferior a la de la resolución recurrida, el fallo, dispondrá "*la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación también parcial de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia*" (art. 203.2 LRJS);

c) Si la Sala confirma la sentencia y el recurrente ha consignado en metálico, el fallo condenará *“a la pérdida de las consignaciones, a las que se dará el destino correspondiente cuando la sentencia sea firme”* (art. 204.1 LRJS), que no es otro que atender a la ejecución. Mientras que si el recurrente hubiera asegurado mediante aval bancario el importe de la condena, *“mandará la Sala en su fallo confirmatorio que se mantengan los aseguramientos prestados, hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la sentencia resuelva la realización de dichos aseguramientos”* (art. 204.3 LRJS).

La determinación del orden jurisdiccional competente para la entrega al trabajador de la cantidad consignada así como para la ejecución del aval presentado para recurrir en suplicación, cuando durante la tramitación del recurso la empresa es declarada en concurso de acreedores, ha sido resuelta en favor del orden social por las SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 11 diciembre de 2012, r.c.u.d. núms. 440/2012 y 782/2012, con doctrina reiterada en la sentencia de 14 de octubre de 2013, r.c.u.d. núm. 2668/2012, atendiendo a la *“ratio legis”* del art. 230 LRJS y mediante una interpretación en sentido técnico-jurídico del término “ejecución” empleado en los arts. 8.3 y 55 de la Ley Concursal y art. 237.5 y Disposición Adicional 3ª LRJS: *“Lo que tales preceptos imponen, y debe aplicarse declinando la competencia del orden social, es, como dice el propio artículo 55 de dicha Ley (Ley Concursal), “iniciar” “ejecuciones singulares”, pero no entregar una cantidad que había salido del patrimonio del concursado antes de la declaración del concurso”*.

La LRJS, al igual que la LPL, no regula el destino de la consignación o aval prestado en el caso previsto en el art. 202.1 LRJS, es decir, cuando, por haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, la Sala, sin entrar en el fondo de la cuestión, manda reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción. En este caso debe devolverse la consignación o dejarse sin efecto los aseguramientos prestados ya que, al no existir un recurso que proveer, no es posible la exigencia o mantenimiento de tales garantías; lo contrario sería un gravamen para una de las partes no previsto por la Ley y además posiblemente supondría una especie de predeterminación del fallo tácita³⁴.

³⁴ RODRIGUEZ OJEDA, J. J., *“Pronunciamientos accesorios de las sentencias recaídas en los recursos de suplicación y casación: costas judiciales y destino de los depósitos y consignaciones como inevitables disposiciones comunes a ambos recursos”*. Actualidad Laboral, 1998, II, pg. 478.

Tampoco contempla la LRJS la suerte de la consignación o del aval prestado en el supuesto de inadmisión del anuncio del recurso de suplicación por el Juzgado "a quo" por no concurrir los presupuestos del mismo o por no haber cumplido el recurrente sus requisitos, debiendo entenderse que, una vez firme el auto de inadmisión, habrá de aplicarse la misma solución que el art. 200 LRJS contempla para el auto dictado por la Sala "ad quem" en el trámite de inadmisión del recurso. La LRJS amplía el ámbito de este trámite, extendiéndolo al incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos para recurrir. El auto estimatorio, como ya estableciera la LPL respecto de la inadmisión por razones de fondo, al existir doctrina jurisprudencial unificada del Tribunal Supremo en el mismo sentido que la sentencia recurrida, dispondrá que se dé a las consignaciones y aseguramientos prestados el destino que corresponda, que, como ya se ha puesto de manifiesto es atender a la ejecución. Y ello sin perjuicio de que, dado que este trámite no suele utilizarse en la práctica judicial, será en la sentencia donde se aprecie la improcedencia del recurso o el incumplimiento de los requisitos para recurrir, de manera que la causa de inadmisión se convertirá en causa de desestimación del recurso, con las consecuencias previstas en el art. 204. 1 y 3 LRJS.

IX. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CONSIGNACIÓN

Aunque el art. 230.5 LRJS residencia el control del cumplimiento del requisito de consignación del importe de la condena en el momento del anuncio del recurso, en la regulación de la suplicación existen diversos controles del cumplimiento del mismo, lo que se deriva de que tanto los presupuestos como los requisitos de los recursos están regulados por normas de orden público procesal y, por ello, el examen de su concurrencia puede realizarse tanto de oficio como a instancia de parte. Así, la STC 109/1992, de 14 de septiembre, señala que *"un órgano judicial puede no pronunciarse por vía de recurso sobre el fondo del asunto si entiende que concurre la ausencia de un presupuesto o requisito procesal, bien haya planteado dicha ausencia la parte que impugna, bien la aprecie "ex officio" en tanto que guardián del orden público procesal de cuya naturaleza participan las circunstancias de acceso a los recursos"*.

La importancia de esta materia ha sido destacada por el Tribunal Constitucional que ha calificado la procedencia y admisibilidad del recurso como *"tema*

central de orden público procesal, sobre el que descansa la existencia misma del procedimiento y la solución material que pueda darse al litigio” (STC 279/1993, de 27 septiembre). Por ello, el examen de su concurrencia debe realizarse tanto de oficio como a instancia de parte, señalando así la STC 109/1992, de 14 septiembre, que “un órgano judicial puede no pronunciarse por vía de recurso sobre el fondo del asunto si entiende que concurre la ausencia de un presupuesto o requisito procesal, bien haya planteado dicha ausencia la parte que impugna, bien la aprecie “ex officio” en tanto que guardián del orden público procesal de cuya naturaleza participan las circunstancias de acceso al recurso”.

Ha resaltado también el Alto Tribunal la relevancia constitucional de esta cuestión: dado que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a los recursos legalmente establecidos (entre otras muchas, STC 209/1996, de 17 diciembre), la admisión de un recurso que legalmente no procede puede infringir el art. 24.1 CE cuando en vía de recurso se deniegan derechos reconocidos en la instancia, pues *“del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la ley, tampoco le está permitido pronunciarse por vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista causa impeditiva para ello, puesto que, si ignorara esta prohibición legal, estaría excediéndose de la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto” (STC 187/1989, de 13 noviembre). Ello vulneraría, además, el derecho de la parte contraria a que adquiera firmeza una resolución judicial favorable (STC 221/1994, de 18 julio).*

Así pues, aunque se desarrollan ante el Juzgado a quo las fases de preparación e interposición del recurso de suplicación, así como, dentro de la fase de sustanciación, la presentación del escrito de impugnación, encomendándose al mismo un primer control de la procedencia y admisibilidad del recurso (arts. 193 a 198 y 230.5 y 6 LRJS), al tratarse de un tema de orden público procesal, las facultades superiores de decisión corresponden a la Sala ad quem (STC 113/1990, de 18 junio), sin que esté vinculada por las decisiones que haya adoptado en esta materia el órgano judicial inferior cuya resolución es objeto de recurso.

Cabe sistematizar estos diversos controles, específicamente respecto del requisito de la consignación del importe de la condena, de la siguiente forma:

En la fase de preparación del recurso, el Juzgado “a quo” debe comprobar la concurrencia de los presupuestos de la suplicación y de los requisitos del

anuncio, con la posibilidad de abrir un trámite de defectos corregibles, Ante la falta de un presupuesto del recurso o de un requisito del anuncio insubsanable o no subsanado dentro de plazo, deberá dictar auto teniendo por no anunciado el recurso y declarando la firmeza de la resolución recurrida, contra el que cabe queja ante la Sala ad quem. Así, recogiendo la doctrina jurisprudencial, el art. 230.4 LRJS considera insubsanable la completa omisión de la consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de la condena; por el contrario, el apartado 5 del citado precepto declara subsanable tanto la *“insuficiencia de la consignación o del aseguramiento efectuados”* como la *“falta de aportación, en el momento del anuncio (...) de los justificantes de la consignación o del aseguramiento, siempre que el requisito se hubiera cumplimentado dentro del plazo de anuncio”*. La STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de julio de 2012, r.c.u.d. núm 3490/2011 señala que *“la línea divisoria entre requisito subsanable que conduce al trámite de admisión de un recurso, y el acuerdo judicial de tener por no preparado el recurso por haberse infringido el deber de consignar o de asegurar la cantidad objeto de condena, estará en la distinción de que una cosa es el total incumplimiento del deber de consignar, por la voluntad del recurrente de alzarse de su deber de consignar o por la falta de la más elemental diligencia, y otra la insuficiencia de la consignación por error del recurrente”*³⁵.

Superados los trámites del anuncio y de la interposición del recurso, el traslado del escrito en el que se formaliza este último a la parte recurrida le permite, conforme al art. 197.2 LRJS, que, como novedad regula expresamente los posibles contenidos del escrito de impugnación del recurso, alegar en éste la inadmisibilidad del recurso por incumplimiento del requisito de la consignación.

³⁵ Cita esta sentencia la de la propia Sala de noviembre de 2008, r.c.u.d. núm. 3287/2007, en la que se afirma que *“Con carácter general, la condena que se impone en una sentencia al pago de diversos conceptos es siempre única -de “condena” y no de “condenas” hablan los arts. 193 y 228 LPL- y por la cantidad total, cualquiera que sea el número y el origen de las partidas que la integran. Y es ese importe total de la “cantidad objeto de la condena”, sin necesidad de más individualización, el que debe ser objeto de una única consignación para cuamplicr con las exigencias del precepto procesal. Siendo esa la regla general pacíficamente aceptada (no conoce esta Sala ninguna decisión de un órgano judicial que frente a una condena al pago de diversas cantidades -por ejemplo, pagas extras, salarios atrasados y liquidación final- haya rechazado de plano y sin abrir trámite de subsanación un recurso por haberse dejado de consignar una de ellas), no hay razón alguna para exceptuarla en los procesos de despido, en los que también se produce una única condena al pago de cantidad que, junto a la indemnización sustitutiva de la readmisión, “comprenderá también” en expresión del art. 110 LPL, los salarios de tramitación”*.

Elevados los autos a la Sala "ad quem", ésta deberá supervisar el control de los presupuestos y requisitos del recuso realizado por el Juzgado "a quo", para lo que deberá tener en cuenta las alegaciones realizadas al respecto por la parte recurrida en el citado escrito. En este momento, además de poder abrir el Letrado de la Administración de Justicia un nuevo trámite para subsanar los defectos en materia de consignación no advertidos por el Juzgado "a quo" (art. 199 LRJS), dictando la Sala auto de inadmisión si no se subsanan en plazo, la misma podrá abrir el trámite de inadmisión por defectos insubsanables que ya contempla expresamente el art. 200 LRJS y decretar por auto la terminación del recurso por falta de presupuestos o por requisitos insubsanables o no subsanados, en este caso por la completa omisión de la obligación de consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de la condena. Finalmente, dado que –como ya se ha puesto de manifiesto– en la práctica no suele abrirse este trámite, normalmente será en la sentencia donde la Sala "ad quem" apreciará la existencia de esta causa de inadmisión del recurso que, en este momento procesal, se convierte en causa de desestimación.

LA PRUEBA ILÍCITA Y SU TRISTE DESTINO

José María Asencio Mellado
Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Alicante)

Al profesor Martín Ostos, con el respeto y gran afecto de su compañero y amigo, en recuerdo de tantas experiencias

Pasa con la prueba ilícita lo mismo que con el proceso penal acusatorio, que poco a poco, de forma paulatina, va perdiendo sus perfiles más nítidos. Mucho tiene que ver en este devenir el crecimiento y la superioridad del concepto de Jurisdicción más allá de lo que debía ser en un sistema inseparablemente unido a la división de poderes.

Porque, no siendo el de Jurisdicción un concepto relativo o absoluto, sino un poco de ambas características, alcanza su significación plena en el marco de un modelo democrático, determinado por los principios que lo informan sin excepción para ser lo que debe ser e ínsito en la división de poderes que no sólo persigue que el Ejecutivo no penetre en el ámbito del Judicial, sino igualmente que este último no merme al Legislativo y asuma la función de legislar atribuyéndose competencias de las que carece.

Se veía venir hace tiempo, desde que en una cierta exageración, a veces consecuencia del abandono de las categorías procesales más elementales, siempre difíciles y otras de la inactividad de un legislador devenido un tanto populista, la ponderación, la proporcionalidad, la Justicia o las perspectivas tan de moda, han ido ocupando el lugar de la norma. Criterios de aplicación de la ley, nacidos para proteger derechos y acomodar la norma al caso concreto evitando la arbitrariedad de los poderes públicos, hoy se aplican como sustitutivos de la misma ley, correctores de los excesos legales que declaran derechos y garantías, mecanismos de negación de las libertades, frenos a la dignidad humana. No hay Juez moderno que no se crea investido de autoridad para aplicar la ley, que no interpretarla, bajo su prisma, su modo de entenderla, incluso cuando es

manifiestamente opuesta al tenor literal de la ley, de tal modo que no necesita de aclaración alguna. *In claris non fit interpretatio*. Hay tantas versiones de una norma que la uniformidad carece de mayor trascendencia, de manera que la igualdad y la seguridad jurídica padecen este exceso de independencia que parece no entenderse al servicio exclusivo de aplicar la ley. El jurista romano, sujeto al dogma de la norma, como sostenía UNAMUNO, hoy es más creador de la misma, que supedita a una Justicia entendida como criterio personal y, de este modo, relativo y subjetivo.

Y, en este marco que genera desasosiego al estudioso del derecho procesal, que observa que nada es lo que era y que los conceptos se supeditan al criterio ponderativo del magistrado dicente, la prueba ilícita, mecanismo que protegía a los ciudadanos del poder estatal y del de sus convecinos movidos por toda suerte de intereses, no es ya concepto asumido, ni se parece, ni se espera que vuelva a recuperar su sentido original y evolutivo en los escasos tiempos en los que nos llegamos a creer que la libertad y la dignidad humana, la individual como base absoluta de las demás, sería un elemento identificador de nuestra sociedad. Qué poco tiempo ha durado ese espejismo de creer que imperaría el proceso penal acusatorio, los derechos del imputado como guía de toda reforma y actuación. Qué poco tiempo ha sido necesario para arruinar esperanzas de una sociedad regida por un método humanista para dilucidar conflictos. Otra vez nos asomamos al abismo y a la oscuridad, siempre, claro está, justificada en el interés general y en el bien común, en la necesidad de perseguir al delincuente y restablecer el orden perturbado. Y a tal fin, como siempre sucedió, vale todo o casi todo y caben tantas excepciones a los derechos y reglas, como excepcionales son estas últimas.

Y a todo esto, en estos tiempos de confinamiento –se escribe esto en marzo de 2020–, de aislamiento social, humano, visual, cercanía propia del afecto, habrá que sumar lo que venga de un nuevo entendimiento de las relaciones personales y de éstas con un Estado que, de repente, se ha percatado de que todo lo puede, desde ordenar prisión permanente a liberar conforme a apreciaciones no siempre legítimas.

Dejemos toda esperanza, parafraseando a Dante. No hay retorno. Todo es como tenía que ser y cada paso es un paso a un poco menos de libertad. De eso tratan estas páginas dedicadas a mi querido amigo y compañero el Prof. Martín

Ostos. Cuántas ilusiones en un mundo que se abría a otra cosa y un proceso penal garantista, con perdón por el término que es engañoso. No nos fiemos ya nunca más de los predicadores del todo que luego se cegaron en la Justicia y así nos fue. Muchos de ellos conocimos el Profesor y yo. Demasiados.

De eso, repito, tratan estas páginas que intentan, con más o menos acierto, retratar un proceso largo que fue de la nada al casi todo y de ahí, otra vez al casi nada o, al menos, a lo que sea lo oportuno en cada caso atendiendo a lo que haya que atender, siempre complejo, oscuro, subjetivo, ponderativo, proporcional, justo y debido. Así sea.

El profesor Martín Ostos lo recuerda. Fue mucho lo que empeñó en defensa de este proceso garantista allá en tierras en las que la libertad asomaba, se filtraba por las rendijas que dejaban quienes no tenían otro remedio. Hoy, él lo sabe bien, esas rendijas se han cerrado. Al menos tuvimos la experiencia y eso marcó mi profundo respeto hacia su persona y una amistad profunda.

I. LA COMPLEJIDAD DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

No cabe duda de que el concepto mismo de prueba ilícita es complejo, difícil de concretar, difuso y en ocasiones incierto. Razones para ello hay muchas, entre las que se encuentra, sin duda, la escasa elaboración doctrinal del mismo, la desatención a su naturaleza jurídica y régimen jurídico, ocupadas cuestiones o sustituidas por referencias genéricas y siempre más sencillas, al valor de los derechos fundamentales y la relevancia constitucional de estos en el ámbito de la prueba. Esta tarea es necesaria, pero solo presupuesta de una labor que debe ser más profunda, procesal en sentido estricto, exactamente la que se ha abandonado en favor de una suerte de derecho procesal penal constitucional que ha relegado el derecho procesal penal a la irrelevancia. De ahí, de los espacios vacíos, de las lagunas conceptuales, de las dudas en casi todo, que los tribunales carezcan de marcos precisos que siempre ha correspondido elaborar a la doctrina, ahora en rebeldía en esta y otras tantas cuestiones.

A todo ello, que es común en tiempos de poco reposo y calma, enemigos del pensamiento, se une que el concepto de prueba ilícita, vinculado a la vigencia de los derechos humanos y a la exigencia de un proceso con todas las garantías,

constituye o integra uno de los muchos que exigen valoraciones que se sitúan en ese lugar de tensión entre la primacía del respeto a la dignidad humana y los derechos que asisten a la persona como sujeto y los intereses, presuntos, sociales, que favorecen la llamada eficacia del proceso, comúnmente confundida con la condena en todo caso, con la determinación de un culpable, cualquiera, señalado como tal y especialmente hoy por mor de las redes sociales y medios de comunicación que hacen del escándalo noticia.

Esa sensible influencia del concepto de prueba ilícita en un conflicto propio y consustancial al proceso penal, se erige en obstáculo para la elaboración técnica o aséptica del mismo, pues, en suma, depende su afirmación del posicionamiento de cada cual, del estado de cosas en una sociedad dada y de la peligrosa alarma social, ahora fomentada con noticias de origen frecuentemente desconocido, pero no desinteresado.

De esta manera, el concepto es consecuencia de una posición previa, lo que, siendo ordinario en el mundo del derecho, lo es mucho más en materias tan especiales como las que tienen como base el respeto de los derechos humanos.

A este dato, tan determinante, se deben unir otros que dificultan la elaboración de un concepto más allá de los grandes rasgos en los que, básicamente, el acuerdo es general, aunque no sus límites y efectos.

Y, de este modo, cabe destacar, como ya se ha indicado, la confusión entre sistemas jurídicos que no son compatibles con la ligereza con que se hace, transfiriendo instituciones de uno a otro a veces con grave irresponsabilidad o indolencia. Transferencias que importan contradicciones importantes, desequilibrios y ausencia de armonía sistemática, lo que obliga a reinterpretar dogmas propios con la consecuencia de una eficacia mermada y la entrada en el modelo de una gran discrecionalidad que puede llegar en ocasiones a convertirse en arbitrariedad.

En materia de prueba ilícita, se ha sostenido (STS 116/2017, de 23 de febrero entre otras muchas), que su fundamento reside en la protección de los derechos fundamentales, al margen de cualquier otra consideración que, de ser influyente, lo sería de modo instrumental, accesorio, derivado objetivamente de la anterior afirmación. Por el contrario, aunque haya antecedentes en sentido contrario, en el sistema de derecho común la prueba ilícita, desde hace décadas, tiene su

fundamento o se reconduce a constituirse en instrumento de persuasión a la policía para que en su actuación respete los derechos de los ciudadanos. Una figura, por tanto, que, protegiendo el ámbito de libertad, lo hace siempre de modo subordinado a la actuación policial. De ahí, por ejemplo, que carezca de relevancia en el marco de la prueba ilícita la intromisión en los derechos por parte de los particulares o que la buena fe de la policía se constituya en una excepción a la regla de exclusión.

Pues bien, cuando la doctrina surgida en un sistema diferente, con fundamentos diversos, se traslada aquí, la prueba ilícita pierde su identidad, su base constitucional, siendo imposible construir un régimen jurídico legal con apoyatura en los conceptos fundamentales de nuestro sistema. Por ejemplo, si la nulidad depende, conforme al art. 240 LOPJ, de la producción de indefensión, concepto amplio pero de contornos más o menos perceptibles, asumir la relatividad de la garantía que expresa la prueba ilícita y subordinarla al respeto a criterios tan abstractos como el del proceso debido –no existente en nuestro ordenamiento como tal–, es introducir una forma de nulidad sin base legal y rupturista con la que la ley proclama. Una contradicción en el marco procesal que no puede reformarse por decisiones jurisprudenciales que, además, directa e indirectamente, vulneran la legalidad vigente.

Otro elemento que contribuye a esta confusión o a la dejación de una labor de construcción de un concepto en su íntegra totalidad puede ser, como se ha comentado anteriormente, ese cierto y contrastado abandono del derecho procesal en favor de un inconcreto derecho procesal penal constitucional, una nueva disciplina cuyos contornos imprecisos y genéricos se hacen devenir superiores a los dogmas jurídicos seculares, base de la armonía de nuestro sistema jurídico, que infunden su naturaleza a las normas jurídicas diferenciándolas de otras de distinto carácter. Esos dogmas confieren a lo jurídico personalidad y autonomía, impidiendo que los conflictos jurídicos se solucionen conforme a reglas de distinta naturaleza, políticas o sociales. La entrada en el proceso, sustituyendo a lo jurídico, de criterios denominados constitucionales, supone otorgar a ideas indeterminadas y subjetivas, como la Justicia, la proporcionalidad o la ponderación de intereses en juego, un valor superior a la ley misma y a sus aplicadores, los tribunales, una posición de supremacía sobre el legislador, generándose un trastorno serio en la división de poderes que se traduce en una alteración sustancial del mismo sistema democrático continental.

Porque, en el fondo, de eso se trata, de una alteración profunda del derecho procesal y del orgánico, del trípode sistemático en que se asienta, de una preponderancia de la Jurisdicción sobre los demás, que se traduce en un fuerte corporativismo como modelo social, político y jurídico. Siempre fue así, aunque ahora tales minucias no parezcan importar.

El concepto de prueba ilícita, merced a este abandono doctrinal y su entrega a los tribunales a la par que se les confiere potestad para crear derecho en sentido amplio, es deudor de una relatividad tan absoluta como insegura es su aplicación, discrecional y desigual entre justiciables y situaciones. La seguridad jurídica cede en favor de una justicia que, atendiendo al caso concreto, sirve para ofrecer soluciones a veces no solo diversas, sino profundamente contradictorias.

Y, en el fondo, la causa reside en el incumplimiento por parte de la doctrina de sus obligaciones, tal vez también por influencia, nociva, de los sistemas de evaluación que fomentan la apariencia, la cantidad y la llamada "excelencia", pero a los que importa poco la serenidad, la reflexión, la calma, la prudencia y el papel que no debe sufrir los ataques inmisericordes de tanta novedad y precipitación. ¡Bolonia delenda est!

La consecuencia de todos estos elementos, combinados entre sí, es la situación actual en la que la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional ha alterado el concepto profundamente. Cierto es que el desarrollo del art. 11,1 LOPJ nunca fue un modelo de uniformidad y que el legislador se mostró escasamente laborioso en su delimitación. Pero, algunas bases eran más o menos claras, objetivas y esas, precisamente las que dotaban a la institución de una firmeza y un valor determinado, son las que se han visto afectadas por tendencias que no parecen compatibles con lo hasta ahora existente y tampoco con el tenor literal de la norma orgánica.

En este sentido, antes de la STS 116/2017, de 23 de febrero y la STC 97/2019, de 16 de julio, se podía afirmar que el consenso sobre lo que es la prueba ilícita, se limitaba a negar la producción de efectos de las pruebas directamente obtenidas con violación de derechos fundamentales. Poco más podía confirmarse como aceptado comúnmente e, incluso, autores había que negaban la denominación de prueba ilícita a este fenómeno sustituyéndolo por el de prohibida, lo cual era posible dado que se trataba de calificaciones sinónimas, salvo que se

quisiera imponer la de prohibida para convertir la prohibición de uso en una simple prohibición de valoración. Un acuerdo éste que, siendo insuficiente, era bastante para individualizar la institución y dotarla de entidad propia.

No obstante, fuera de ahí y en el marco previo a las sentencias mencionadas, el vacío o la desregulación era casi total, siendo determinante de la situación la escasa atención al elemento esencial del fundamento de la figura y, derivado de éste, a su régimen jurídico.

De este modo, el fundamento no era objeto de atención especial, siendo así que desde la STC 114/1984, se mantenía en el derecho a un proceso con todas las garantías, aunque de forma autónoma, es decir, sin que esa garantía tuviera la misma entidad que las que constituyen el derecho proclamado por el art. 24,2 CE. No se elaboraron trabajos que tuvieran como objeto el fundamento de la medida y, en concreto, su especial fisonomía en el marco del indicado jurisprudencialmente en aquella crucial sentencia. De ahí que tampoco se trabajara sobre el régimen jurídico, desde la forma de denunciar la ilicitud, el momento, su apreciación o los efectos de su declaración. Lagunas que solo tenían solución clarificando el fundamento jurídico e individualizando esta ilicitud respecto de las demás que se residencian en el art. 24,2 CE.

A pesar de lo sostenido por el TC en la sentencia citada, el tratamiento concedido al concepto no permitía, al menos desde la STC 81/1998, de 2 de abril, afirmar que el fundamento de la prohibición tuviera rango constitucional o meramente legal. Porque, caracterizarlo como lo primero no es compatible con tratarlo de la forma en que se hace con una mera prescripción legal, lo que en efecto fue sucediendo desde 1998 y ha culminado en el año 2019. La prueba ilícita ha dejado de poseer ese rango constitucional típico de las medidas protectoras de derechos, para ser solo una garantía secundaria y supeditada a la sucesión de violaciones al derecho al proceso con todas las garantías constitucionalizadas. La prueba ilícita ha devenido en una garantía procesal, pero, a diferencia del resto de las que constituyen este derecho complejo, que generan la nulidad del acto por se, éste precisa de una violación previa de estas últimas para tener entidad. O, lo que es lo mismo, la prueba ilícita no es fuente de nulidad salvo que ella misma produzca una violación de otra garantía, esta sí relevante constitucionalmente. Un artificio que, tal vez, ni siquiera el Tribunal Constitucional ha sido consciente de elaborar, pero que, como se va a comentar, es el resultado de la

tendencia novedosa de un órgano que necesita recuperar su espíritu de tutela de los derechos y garantías, dejando a los tribunales ordinarios el de aplicar y hacer efectivo el ordenamiento jurídico. Y, por supuesto, al Legislativo cumplir con sus funciones, aunque no sea de la calidad esperable. No es excusa aunque fuera realidad.

Pero, en todo caso, antes de esta última orientación, la vinculación al derecho a un proceso con todas las garantías, determinado desde la STC 114/1984, fue ignorado en muchas ocasiones haciendo oscilar la prohibición entre su carácter declarado y cierta tendencia a incluirlo bajo el paraguas del derecho a la presunción de inocencia, lo que llevó a considerarlo más que una prohibición de uso, típica de las nulidades, a una de valoración, más propia de la prueba, aunque exagerando este valor pues la presunción de inocencia impide que lo que tiene la condición de prueba pueda ser practicado como tal. Y ejemplos hay de sentencias que van en esta dirección, de la que es paradigma la regla según la cual la apreciación de la prueba ilícita ha de hacerse en sentencia, doctrina minoritaria, pero que el legislador no rechaza.

En definitiva, la falta de un estudio profundo, de dedicación a algo que es pieza esencial en toda institución, ha llevado a una situación de confusión en la que la prueba ilícita carece de soporte básico y, de esta forma, de un régimen jurídico procesal clarificado. De ahí que la inseguridad prime sobre la certeza y que la discrecionalidad, con raíces en la "justicia" del caso, haya calado profundamente y servido de base para un devenir que en los últimos tiempos ha puesto colofón a unos años de gloria de los derechos humanos. Se acabó y la culpa, seguramente, es de todos, pero especialmente de una Academia que no ha sabido reaccionar ante los empujes violentos de la celeridad y el peso, de las grandes palabras en diversos idiomas, pero reacia al pensamiento libre y formado.

Igualmente, esta desatención hacia el fundamento jurídico, hacia su carácter constitucional o legal y las consecuencias de una u otra opción, han desembocado en una profunda ignorancia acerca de cuáles son las competencias y límites de la ley y los tribunales, hasta dónde puede la ley gravar un derecho y hasta qué punto pueden los tribunales, como han hecho, restringir una norma, el art. 11,1 LOPJ, con rango constitucional pues regula un derecho teniendo en cuenta lo establecido por el desatendido art. 53,1 CE.

II. LA STC 114/1984, DE 29 DE NOVIEMBRE

No se trata de hallar en una sentencia la cuna de una transformación del sistema procesal español, en su vertiente penal, ni de pretender que todas las respuestas estaban ahí; tampoco que aquella sentencia cerraba el círculo de protección de los derechos de los imputados consagrando jurisprudencialmente una figura, la prueba ilícita, inexistente en la ley entonces. No. Esta sentencia abrió el paso, declaró y admitió un efecto que luego el legislador, un año más tarde, consagraría en una norma tan expresa, como absoluta en su expresión. Ciertamente, dejó fisuras abiertas, relató afirmaciones complejas, huyó de fundamentos que hubieran impedido posteriores desaciertos y desafueros, pero sentó las bases de un inicio que prosperó hasta 1998 en lo referente a la prueba indirecta y hasta el año 2019, en la directa, fecha esta última que cabe considerar como la decisoria del fúnebre destino del niño pequeño que fue, nunca crecido.

Un breve análisis de esta fundamental sentencia, propia de tiempos en los que se hacían nacer derechos y garantías sobre la base de una Constitución no desarrollada, pero asumida como norma suprema y, dentro de ella, el sistema de derechos, es necesario para comprender la involución operada, el punto final o intermedio, si el legislador no le pone remedio inmediato, al que se ha llegado y, sobre todo, la compleja sentencia 97/2019, cuya redacción afirma radicar en la 114/1984, aunque esta última sostiene teorías que esta última reproduce en un sentido absolutamente contrario mediante el sistema de deconstruirla de forma fragmentaria, con apariencia de un análisis sesudo tras el que se esconde la búsqueda de apoyo donde no lo hay. Se podía sostener, aunque era dudoso, una posición diferente en ese afán de imitar el derecho angloamericano en el que parece residir la perfección, pero no era admisible adjudicar a aquella sentencia de 1984 afirmaciones que no hace, antes al contrario, que eran tan radicalmente distintas y contrapuestas. Basta leer esta última para entenderlo y a tal fin se van a reproducir brevemente sus bases y conclusiones.

Esta sentencia era deudora de la inexistencia de una norma que proclamara la ineficacia de la prueba ilícita, lo que el TC ponía de manifiesto y revelaba como obstáculo para una declaración como la que propuso. Como dejaba claro, de existir la misma, cual sucede desde 1985, pocas aclaraciones había que hacer en tanto, entendido el rechazo al uso como manifestación del derecho al proceso con todas las garantías, entraba en juego lo dispuesto en el art. 53,1 CE que

consagra el principio de legalidad y prohíbe a los tribunales, incluyendo al Constitucional, menoscabar las normas de desarrollo de los derechos fundamentales.

El TC, en las condiciones expuestas y ante la denuncia de un hecho violatorio de un derecho fundamental, afirmó que no existía en el ordenamiento constitucional un derecho autónomo, con identidad propia a la no recepción de las pruebas ilícitas, las obtenidas con violación de derechos fundamentales. O, más concretamente, que no forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales la obligación de inadmitir como prueba lo obtenido mediante su vulneración. Una afirmación ésta que ha traído consigo consecuencias muy determinantes de la relatividad con la que se trata hoy el concepto y de la inseguridad en el señalamiento de su fundamento que, siendo constitucional, ha transitado, de hecho, entre el referido al proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia o la igualdad, siendo así que el fundamento determina el régimen jurídico y distingue una figura de otra. Siempre sostuve que el fundamento acertado era el del derecho afectado por la violación, pues las vulneraciones de los derechos que producen el efecto de la ineficacia no son genéricas, aunque cabe apreciar un nexo común en algunos requisitos generales para la restricción de derechos, sino los propios de cada derecho afectado. De haberse pronunciado el TC entendiendo que es el mismo derecho violado el que determina la ineficacia, no se habría llegado a este punto de relatividad e inseguridad.

No obstante lo dicho, la sentencia citada, tras negar ese fundamento en el derecho afectado, consideró que la imposibilidad de estimar procesalmente estas pruebas así obtenidas era consecuencia de la *“expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos”*.

En este sentido, el TC asume que el mismo sistema de derechos fundamentales, su posición preferente en el ordenamiento jurídico, obliga a desestimar las pruebas obtenidas con violación de derechos, es decir, atribuye, lo que no es poco por las consecuencias que conlleva, un fundamento y posición constitucionales. La prueba ilícita, por tanto, al derivar del sistema de derechos fundamentales, tiene rango constitucional, no meramente legal, de manera que es obligada la ineficacia sin que el legislador pueda afectar al contenido esencial de esta garantía, ni los tribunales actuar contra la declaración que efectúe la ley. Del

mismo modo, declarada la existencia de una garantía constitucional, no creada por la jurisprudencia, no puede posteriormente negarse su existencia. El TC carece de legitimación para ello.

El TC, aunque niega el fundamento de la ilicitud probatoria en el derecho vulnerado, afirma que tampoco cabe predicar una indiferencia absoluta de una y otra; esa relación existe, si bien no es el derecho material, su vigencia, el que comporta la ineficacia, sino la violación de los derechos procesales contenidos en el art. 24,2 CE, esto es, el derecho a un proceso con todas las garantías. La ineficacia no tiene carácter material, sino procesal, como garantía de esta última naturaleza.

Y esta garantía, de la que deriva e impone la expulsión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no es discrecional, sino que es objetiva y está implícita en el sistema mismo de derechos y es autónoma en tanto constituye una más de las que se encuentran contenidas en ese derecho a un proceso con todas las garantías. Y esta calificación es importante y básica para comprender el error del TC en su última sentencia. Porque, la prueba ilícita no es una mera irregularidad supeditada a que produzca una afectación de las garantías previstas en el art. 24,2 CE, sino que la ilicitud probatoria es una garantía más, autónoma, con identidad propia, objetiva e implícita en el sistema de derechos. La obtención de una prueba con violación de un derecho fundamental, conforme estableció el TC en aquella sentencia, constituye un atentado a una garantía procesal, de rango constitucional objetiva, autónoma e implícita en el sistema de derechos.

En consecuencia, el fundamento de la prueba ilícita es este derecho, adquiriendo el rango de garantía procesal constitucional y su sola vulneración, de manera automática por ser objetiva, debe dar lugar a la declaración de ineficacia de la prueba así obtenida.

Y téngase en cuenta, se insiste en este argumento que parece no entenderse, que el TC no crea derechos, no lo puede hacer porque ningún tribunal los crea, sino que se limitó a declarar lo existente. Y, se repite otra vez, una vez declarado no puede, como ha hecho sin embargo el mismo TC, negar su existencia misma. Un imposible que desconoce las cuestiones más elementales de Derecho procesal.

Es tal la posición adoptada por el TC entonces; es tal la atribución de naturaleza constitucional a la prueba ilícita, que negó que tenga margen un juicio ponderativo al punto de su apreciación. Afirmaba el TC, contra lo que se dice hoy en una lectura compleja de la literalidad de esta sentencia, que cabe ponderar las violaciones a la legalidad ordinaria, pero que, producida una afectación de un derecho fundamental material, la consecuencia de la ilicitud es inmediata y no puede supeditarse a valoración alguna de carácter ponderativo, discrecional o sujeta a la presencia de otros intereses o valores. La búsqueda de la verdad material o la preeminencia de intereses públicos no pueden alzarse como criterio para desapoderar a la prueba ilícita de su naturaleza de garantía procesal, ínsita en el art. 24,2 CE y por ello de aplicación inmediata y absoluta.

Este es un resumen, breve, de una sentencia básica, que acogió posteriormente el art. 11,1 LOPJ sentando una doctrina que ha permanecido tal cual hasta 1998 respecto de la prueba indirectamente obtenida con violación de derechos fundamentales y hasta 2017 cuando el material presuntamente probatorio se ha obtenido de forma directa de un derecho violado.

En las siguientes páginas se hará un comentario cuya finalidad no es, dada la limitación de espacio, el profundo conocimiento de este cambio sustancial expuesto, sino las líneas maestras de la nueva orientación y las tendencias de la jurisprudencia que, afectando a la ley y a la Constitución misma, así como negando su anterior doctrina en lo más esencial, han alterado profundamente la prueba ilícita y negado de hecho su naturaleza constitucional. Son los nuevos tiempos que se anuncian con posicionamientos que indican el camino a seguir.

III. LA STS 116/2017, DE 23 DE FEBRERO

Con origen en el caso FALCCIANI, el Tribunal Supremo dictó una sentencia de cierta complejidad que, siendo o constituyendo una enmienda a la doctrina constitucional vigente hasta ese momento, pronto quedó obsoleta tras ser superada con creces por la STC 97/2019, de 16 de julio, que llevó el concepto a unos extremos de negación desconocidos e impensables años atrás, generando lo que he equiparado en otro lugar como muerte de la prueba ilícita.

El TS, si bien de forma muy reducida al abordar únicamente la validez de las pruebas obtenidas ilícitamente por particulares, introdujo en esta sentencia

ciertos criterios interpretativos que, por su carácter decididamente discrecional, abrieron la puerta a corrientes inciertas y, en todo caso, no adecuadas a la doctrina constitucional imperante desde 1984 y al art. 11,1 LOPJ, cuya literalidad excluye planteamientos ponderativos no previstos, ni acogidos por la norma orgánica.

La doctrina elaborada por el TS, consciente como era de que sus pasos eran novedosos, no quería ser rupturista con el fundamento constitucional de la prueba ilícita, de manera que, siendo importante lo que supone de debilitamiento del concepto, no lo es tanto el mantenimiento del carácter de garantía de la prohibición, que no se afecta, al menos explícitamente, ni la aplicación ordinaria y general de la misma, pues se reduce a las pruebas obtenidas por particulares que no actúen de acuerdo con el Estado, pocas y escasas en el proceso penal.

No obstante, el TS concluye afirmaciones que, al final, contradicen sus propios argumentos iniciales, pues el fundamento constitucional no autoriza diferencias de trato con base en criterios de rango distinto que supongan la inaplicación de hecho de una garantía constitucional.

Los razonamientos del TS se pueden resumir, de forma más o menos ordenada y breve en los siguientes:

- Las pruebas obtenidas ilícitamente por los particulares son y deben seguir siendo ilícitas y ello, sostiene el TS, porque el fundamento de la prueba ilícita, al ser constitucional, el derecho a un proceso con todas las garantías, obliga a considerar de este modo a todas las así alcanzadas. Esta declaración, que el TS se obliga a mantener por coherencia con la doctrina constitucional y legal, va a marcar el desarrollo posterior haciendo que los razonamientos elaborados sean extremadamente cuidadosos, aunque, como se verá, poco compatibles con el punto de partida.
- No obstante, afirma el TS, tales pruebas solo serán ilícitas si van a utilizarse en un proceso penal, es decir, si su obtención vulneradora de derechos tiene como finalidad que sirvan de prueba en aquel, no teniendo ese carácter si no se llevan al proceso.
- El anterior razonamiento se culmina con la afirmación, elemental, de que los elementos ilícitamente obtenidos con finalidades no probatorias no

entran en el ámbito de influencia del art. 11,1 LOPJ, porque este precepto vincula obtención de pruebas con actividad probatoria, de tal manera, dice el TS, que si no hay voluntad de obtener pruebas como tales, no hay ilicitud a los efectos previstos en el art. 11,1 LOPJ.

Es obvio que si un elemento ilícito no se incorpora a un proceso, no entrará en el ámbito del art. 11,1 LOPJ, sencillamente porque no será prueba. Pero, si se incorpora, cualquiera que sea la voluntad del autor de la lesión al derecho, alcanzará la cualidad de medio probatorio, siéndole de aplicación el art. 11,1 LOPJ que no previene voluntades, sino realidades y efectos.

Afirmar que no es de aplicación el precepto a un elemento que no se lleva al proceso y que, por ejemplo, se vende a un medio de comunicación, es totalmente cierto; que no sea prueba ilícita la misma noticia porque la voluntad del autor de la lesión al derecho no fuera la de conformar una prueba y darle ese valor a la incorporación del medio por la fiscalía a la cual llegaría a través de terceros, tal vez interesados, es mucho más difícil de sostener. Más si tales terceros fueron a su vez los que propiciaron la actuación ilícita del autor de la agresión a los derechos. Y las consideraciones sobre la fuente directa e indirecta que esta sentencia realiza no ayudan a clarificar esta conducta fraudulenta, antes al contrario la podrían propiciar.

- Tal vez por este dato, el propio TS se vio obligado a matizar su argumento, llegando a la conclusión de que no es la motivación del autor de la agresión al derecho lo determinante porque éste, entre otras razones, podría cambiar de opinión, siendo esencial, por tanto, no la intención inicial, sino el resultado, el uso final que se da al material obtenido ilícitamente.
- Tras estos argumentos, que posiblemente carecían de interés en el asunto, el TS avanzó lo que iba a ser una tendencia que, de hecho, sí venía a romper con el anteriormente consagrado fundamento constitucional de la prueba ilícita. Es prueba ilícita, se sostiene, la obtenida por un particular, pero solo cuando éste actúe como una "pieza camuflada" del Estado, al servicio de la investigación penal, no, por el contrario, cuando la conducta privada sea autónoma, aunque pueda traducirse, debe entenderse, en elemento que sostenga una acusación penal.

No obstante, esta última conclusión también es matizada, afirmando el TS que, cuando la prueba obtenida es independiente de la actuación pública, será igualmente nula si la infracción del derecho afecta al núcleo esencial o el contenido esencial del derecho, siendo válida, por el contrario, cuando la violación sea de menor entidad o, dicho en otros términos, cuando sea periférica.

Una doctrina, pues, compleja que pone el acento en criterios ponderativos sobre elementos no definidos con certeza y objetividad, subjetivos o variables según el caso y, en este sentido, sometidos a las valoraciones judiciales que en cada situación se determinen atendiendo a factores tampoco establecidos.

Porque, lo cierto es que el TS altera profundamente el fundamento constitucional aunque quiera preservarlo, lo que es digno de encomio a la vista de lo que más tarde ha hecho el Tribunal Constitucional.

De esta manera, es evidente que, considerando ilícitas las pruebas de esta naturaleza al margen de quien o cómo se obtengan, el TS consagra un criterio propio del sistema anglosajón, más práctico, conforme al cual es el efecto disuasorio el que determina la nulidad, no la afectación del derecho. Y, así, será nula toda prueba obtenida directa o indirectamente por el Estado vulnerando derechos fundamentales. Ahí no hay espacio para la duda más allá, obviamente, de la dificultad que supone afirmar que alguien actúa o no al servicio del Estado, como pieza camuflada del mismo.

La complejidad es expresiva cuando el particular actúa a título individual, caso en el que el TS elabora una teoría con base en los criterios ponderativos ya establecidos por el TC en su sentencia 81/1998, en la conexión de antijuridicidad interna y externa, tan compleja, como discrecional y que se traduce en un análisis del caso decidido conforme a criterios que atienden siempre al interés en la investigación puesto en relación con las conductas que, siendo ilícitas, pueden ser indultadas por decisión judicial que se sitúa sobre el carácter constitucional de la garantía y sobre la norma establecida en el art. 11 de la LOPJ que no autoriza valoraciones de esta naturaleza dado su carácter imperativo, que no impide a los tribunales, contra el principio de legalidad que establece el art. 53,1 CE, disponer de los derechos fundamentales frente a la ley.

Criterios, tales como lesión esencial o periférica o fuente primaria o directa de la obtención, son tan difusos y relativos, discrecionales y subjetivos, como

inciertos. Son conceptos que permiten dictar resoluciones que atienden a un fin de "justicia" incompatible con el carácter del Poder judicial constitucional, sometido a la ley y refractario a quien es independiente para aplicar la ley, no para cumplir otras funciones que competen al legislador.

Definir el contenido esencial de un derecho o el rango de los requisitos para limitarlo, no tiene respaldo legal, de modo que, sin ese elemento objetivo, determinar la nulidad o la validez, es pura actividad judicial, no sometida a más límites que a los que se impongan los tribunales, a su vez, abiertos en una ponderación ilimitada por relativa e intelectual. Es la motivación y la argumentación de la misma el elemento determinante de la validez, no las bases de la fundamentación; es el razonamiento y la calidad del mismo lo que legitima la invasión en los derechos, no la realidad de la vulneración. Es, en definitiva, la voluntad judicial por encima de la ley y una voluntad tendente a hacer "justicia", impropia de nuestro sistema de división de poderes.

La prueba ilícita obtenida por particulares, tras esta sentencia, será la que determinen los tribunales atendiendo a la agresión al derecho, al respeto de los requisitos que la ley establece para su limitación y, evidentemente, el interés general en la persecución de los hechos.

No obstante, para concluir, esta sentencia tiene un ámbito muy limitado de aplicación en el proceso penal y, sin duda, goza de alguna justificación en aquellos casos en los que es un particular el que debe captar la noticia del delito; casos como las agresiones que se producen en el domicilio no encuentran una solución legal que podría verse amparada por esta doctrina si la misma se recondujera a dichas situaciones excepcionales. Pero, era competencia del legislador quien debía actuar en este marco, no los tribunales por muchas razones que puedan asistirle.

IV. LA STC 97/2019, DE 16 DE JULIO

El TC, olvidando su papel protector de los derechos fundamentales, reduciendo el ámbito de eficacia de los mismos y de las garantías de igual naturaleza y ocupando o suplantando la función del Poder legislativo, en esta sentencia, sin razón alguna que le obligara a hacerlo en tanto consideró que no se había producido

ninguna violación de derechos fundamentales en el amparo suscitado, ha dado un paso adelante o, mejor dicho, atrás, de tal envergadura que bien podría decirse que ha puesto punto y final a la institución de la prueba ilícita, que ha decidido enterrarla, darla por finiquitada. La sentencia, digna de ser leída con atención, no sólo construye una nueva teoría que abandona la doctrina constitucional y que atenta derechamente contra lo establecido en el art. 11,1 LOPJ, sino que, con una ligereza inadmisibles en un órgano de su entidad y altura, manipula o lee con absoluta libertad la anterior jurisprudencia del mismo tribunal, tanta libertad que cita fragmentariamente las sentencias que constituyeron su base, especialmente la 114/1984, obviando los fundamentos que, sin explicación alguna, reinterpreta contra las normas más elementales de la lógica y la simple evidencia.

El TC ha quedado, tras esta resolución, en una posición compleja que deslegitima su función, pues no es la creación de "derechos" lo que se le pide, ni la atribución a un órgano jurisdiccional de lo que no puede, pues los tribunales no crean derechos, sino la declaración de los que la Constitución proclama. Y es evidente que una vez que se afirma que una garantía está contenida en la Constitución, la misma no puede ser posteriormente negada. Y es que, contra lo que el mismo TC en esta triste sentencia afirma, no es el TC el legitimado para determinar el alcance y los efectos de los derechos que, dice, tienen su origen en el mismo TC. Porque, es evidente para cualquier procesalista, que los derechos existen o no, no se crean judicialmente, de modo que, declarada su existencia, han de ser tratados como tales sin que los tribunales puedan posteriormente negarlos una vez afirmados.

Y es que esto es precisamente lo que ha sucedido como se va a ver. No es que el TC haya delimitado el alcance y efectos de la garantía que declaró existente en la STC 114/1984, sino que la niega ahora como tal, subordinándola a un derecho más general a cuya infracción supedita el efecto de la nulidad. El TC, pues, niega la existencia de una garantía constitucional que declaró existente, para lo cual no está legitimado, hecho éste que habría que pensar si están obligados los órganos que integran el Poder Judicial a tolerar o aceptar. Una cosa es que el TC interprete y otra, bien distinta, que suplante al legislador con vulneraciones elementales del sistema democrático y de los conceptos procesales más básicos.

El TC, en esta sentencia, crea una novedosa doctrina que puede resumirse en los siguientes puntos:

- La ineficacia consustancial a la prueba ilícita no deriva directamente de la violación de los derechos fundamentales en tanto el fundamento de la institución no es el derecho material violado.
- En consecuencia, no existe una garantía autónoma, derivada del sistema de derechos fundamentales, que obligue a declarar la nulidad de una prueba así obtenida vulnerando derechos fundamentales. Y no existe, con tal carácter, porque de ser así, el fundamento de la ineficacia sería indirectamente el derecho material vulnerado, no otro de distinta naturaleza.
- La prueba ilícita tiene naturaleza procesal, no material, en tanto viene referida a la prueba, a su obtención. No es de carácter material, pues opera en el seno del proceso, nunca fuera del mismo.
- La ineficacia, por tanto, para el TC, no se produce por el simple hecho de obtener una prueba con violación de un derecho fundamental, sino que deriva de que esa conducta, que deja de ser ilícita en todo caso, afecte al derecho a un proceso justo y equitativo, esto es, solo será nula la prueba así obtenida cuando la misma atente contra las garantías previstas en el art. 24,2 CE, contra el derecho a un proceso con todas las garantías. Y eso siempre que se asimile este derecho al más general, no contemplado en nuestro sistema por su ambigüedad, a un proceso justo o equitativo con el que el TC juega sin explicitar qué significa, ni cuáles sus límites y contornos, abriendo de nuevo el paso a la ponderación más absoluta y a reglas de otros sistemas jurídicos.

Es evidente que estas afirmaciones contradicen y entran de lleno en un ámbito de oposición frontal a la doctrina sostenida por el TC durante más treinta y cinco años, innecesariamente y, a la vez, lo hace frente a una norma orgánica, el art. 11,1 LOPJ tan clara, como expresa y manifiesta. El juego intelectual, el exceso argumentativo del TC en esta sentencia solo es la expresión de una tendencia jurisprudencial a ocupar, por inactividad legislativa, un espacio que no le compete y a hacer "justicia", no a someterse a la ley, obligación a la que también el TC está sometido, cuando esa ley desarrolla derechos que solo pueden ser restringidos por ley, no por sus decisiones (art. 53,1 CE). Este precepto, constitucional, también vincula al TC, de modo que el argumento de que este tribunal solo está

sometido a la Constitución no sirve para escapar de ella cuando la ley declara derechos y limitaciones de los mismos.

El problema que subyace tras esta dura sentencia, es el de fundamento de la prueba ilícita, que determina su carácter y el régimen jurídico, aspectos que el TC relega en su consideración general y práctica optando por grandes lucubraciones intelectuales y abandonando la realidad práctica y la seguridad jurídica.

La sentencia 114/1984, fue cauta en la determinación del fundamento constitucional de la prueba ilícita, seguramente porque no existía una ley que la consagrara de forma expresa, no obstante lo cual indirectamente elaboró una teoría que, negando que la ineficacia de estas pruebas derivara del contenido esencial de los derechos vulnerados, que fuera en sí misma expresión de un derecho autónomo, sí era consecuencia de la vulneración de una garantía ínsita en el sistema de derechos e incardinable en el derecho a un proceso con todas las garantías de modo, eso sí, autónomo, no dependiente de la concurrencia de otras violaciones propias de este derecho y tampoco de la indefensión que prevé el art. 240 LOPJ para las nulidades procesales.

Es obvio, aunque ahora el TC quiera negar lo dicho y sostenido durante décadas, que el resultado de dicha teoría equivalía, de facto, a equiparar vulneración del derecho material con ineficacia. No dejaba espacio alguno para la excepción como bien expresamente se afirmaba. Otra cosa es que la ley de desarrollo pudiera limitar la garantía hasta el límite del contenido esencial de los derechos que fundamentan la prueba, Pero, esa ponderación era competencia del legislador conforme al art. 53,1 CE, no de los tribunales, ni siquiera del TC.

La garantía era procesal, en tanto vinculada al proceso con todas las garantías, pero automática y consecuencia de la violación de un derecho material. Que el carácter de la nulidad sea procesal no implica que el mismo deba supeditarse a la vulneración de otros derechos procesales, pues como siempre se sostuvo, la ineficacia misma era de esa naturaleza en tanto autónoma y propia. Negar esa individualidad y suficiencia es solo una opción, no necesariamente consecuencia del carácter procesal de la prohibición. Afirmar esa relación es expresión del abandono del entendimiento de la ilicitud probatoria como garantía propia de la preferencia de los derechos sobre otras consideraciones, en especial la seguridad pública que el TC eleva por encima de lo que es su

obligación: la protección del sistema constitucional mediante la preservación de los derechos fundamentales.

El TC, pues, tras la transgresión que llevó a cabo al derecho del art. 24,2 CE en su sentencia 81/1998, de 2 de abril, culmina su tendencia en ésta, suprimiendo de hecho el carácter de garantía constitucional de la prueba ilícita, que queda, por tanto, reducida a una mera situación de legalidad ordinaria, no amparada por ningún derecho fundamental, pues lo esencial no es la violación del derecho y la consecuencia que debe producir en todo caso, sino la consecuencia, que no es ya objetiva, sino relativa y subordinada o “abordada” en su tratamiento, desde la perspectiva de la idea de “proceso justo”. Más relatividad es imposible.

Solo desde esta idea o finalidad se entiende que el TC concluya que el art. 11,1 LOPJ no se refiere a cualquier violación de derechos fundamentales, sino solo a los que se utilicen *“instrumentalmente (como) medios de investigación que lesionen estas titularidades primordiales”*. Lo que protege el art. 24,2 CE o prohíbe es que se obtengan pruebas vulnerando instrumentalmente derechos fundamentales. Lo que se quiere es garantizar o vedar la violación instrumental de los derechos fundamentales para obtener pruebas, porque así se garantiza la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con el fin de obtener una ventaja procesal. Por eso, es exigible una conexión o ligamen entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental y la obtención de los medios de prueba. Si no existe ese ligamen, las necesidades de tutela son ajenas al ámbito procesal y basta la sanción al infractor. No es el derecho lo importante, la esfera de libertad que ampara la dignidad de la persona, sino el comportamiento del infractor, su intención o el estado de las cosas. El individuo se supedita al Estado, lo particular a lo general en esa suerte de socialización de la culpa y la responsabilidad que hoy va avanzando al compás de la minoración de las bases del modelo liberal que ponía a la persona en el centro de la vida.

La posición ahora sostenida, queriendo en apariencia destacar la autonomía procesal de la garantía, niega el valor que corresponde a la eficacia de los derechos fundamentales y, de este modo, el fundamento constitucional de dicha garantía. Que, como se ha dicho anteriormente, solo sea nula la prueba admitida cuando afecte a un amplísimo derecho a un proceso justo y equitativo, viene a traducirse en validar tales pruebas ilícitas cuando no atenten a ese concepto

amplio. Es decir, que la prueba ilícita será válida si es justa y equitativa, pudiendo, en efecto, lo atentatorio a los derechos humanos llegar a ser justo y admisible en el ámbito del proceso. Que un acto violatorio de un derecho pueda considerarse justo es algo más que una valoración ética en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. Para que la ineficacia no se declare el acto ilícito hasta ahora debe ser calificado como "justo", pues si la garantía es procesal, la justicia a la que se refiere el TC debe ser también de este carácter. Que los tribunales hayan de afirmar la justicia de limitar un derecho fundamental les sitúa en una posición al menos incómoda y poco compatible con su condición.

Un Juez que quiera ser neutral, pues en esa neutralidad reside la razón de su imparcialidad, no parece que deba ser obligado a calificar de justas limitaciones de derechos que la ley no afirma como tales.

Pero, el TC no parece haber encontrado su sitio en un momento histórico en el que los derechos fundamentales parece que deben ser puestos al servicio de intereses superiores, no determinados, ni individualizados, pero latentes en ese interés general que debe ser valorado en democracia con todas las cautelas necesarias.

LA CONCILIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL AL CONFLICTO EN EL ÁMBITO CIVIL: TRAYECTORIA LEGISLATIVA Y NUEVAS PERSPECTIVAS

Juan Manuel Bermúdez Requena

Profesor de Derecho Procesal (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los distintos medios de solución de conflictos que pretenden la evitación del proceso jurisdiccional en el ámbito civil, el acto de conciliación, finalmente, recibió su prometido¹ impulso mediante la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, tras un régimen de transitoriedad de quince años en el que su regulación se basaba en los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con las sucesivas reformas introducidas en la Ley 34/1984 de 6 de agosto y en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Para abordar debidamente el alcance de la reforma legislativa basaremos el presente estudio en el análisis comparativo del articulado de la Ley 15/2015, con la regulación decimonónica de la LEC 1881 en su redacción vigente entre los años 1984 y 2015, deteniéndonos, por su interés comparativo, en el intento de reforma contenido en el *Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantías de derechos de la persona y en materia civil y mercantil* de 2006 (al que denominaremos abreviadamente Proyecto-2006) que posteriormente sería retirado, en la antesala del actual marco normativo. También se incluirán referencias a las propuestas contenidas en el *Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria* de 2013 junto al *Informe emitido por la Ponencia sobre el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, de fecha 27 de abril de 2015², a fin

¹ Disposición derogatoria única de la LEC 1/2000 en su excepción segunda.

² *Boletín oficial de las Cortes Generales*, 5 de mayo de 2015, números 112-3, pp. 1 y ss.

de evaluar el resultado final del proceso legislativo culminado en los artículos 137 a 148 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Centramos nuestro estudio en la conciliación civil preprocesal o preventiva, no en la intraprocésal.

II. NATURALEZA JURÍDICA

El legislador configura el acto de conciliación previo al proceso civil como un medio de resolución de conflictos alternativo a la jurisdicción, aunque reconociendo, obviamente, que no es el único para solucionar una controversia; pues se regula "sin perjuicio de que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las personas tengan la posibilidad de obtener acuerdos en aquellos asuntos de su interés de carácter disponible, a través de otros cauces, por su sola actuación o mediante la intervención de otros intermediarios u operadores jurídicos, como los Notarios o Registradores"³. Concretamente el artículo 139 de la Ley 15/2015 define el acto de conciliación como un medio "para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito"; siguiendo la redacción del artículo 125 del Proyecto-2013.

Aunque interviene un tercero, e incluso se le insta a tomar parte en el debate para favorecer el consenso, no podemos calificar a la conciliación civil como un medio plenamente heterocompositivo, sino como de autocomposición impropia; en cuanto que el legislador no otorga realmente al tercero que interviene un papel mediador en el litigio –ni mucho menos va a imponer la solución a los contendientes–. Incluso, como señala CARCELLER, la función del Letrado de la Administración de Justicia es de un grado de menor intensidad que la de un mediador, pues "pretende que las partes alcancen un acuerdo entre ellas, pero no se adoptan medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias que tiendan a concretar y posibilitar una solución de consenso"⁴.

En cuanto a su jurisdiccionalidad, es una característica claramente ausente en la conciliación ante notarios y registradores, novedad legislativa introducida en la ley 15/2015 que ha reformado, respectivamente, tanto la Ley Hipotecaria como la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado. Y respecto a la celebrada ante el Letrado de la Administración de Justicia, compartimos la opinión de DÍEZ-

³ Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, BOE 158, 3 de julio de 2015.

⁴ Consultado en <http://www.upsj.org/documentos.item.249/el-acto-de-conciliacion.html>, p. 19.

PICAZO cuando niega la naturaleza jurisdiccional sosteniendo que “es común a todas estas actividades previas al proceso que en ellas no se ejerce jurisdicción, no son actividades propiamente jurisdiccionales... Y en las diligencias preliminares y el acto de conciliación porque aunque son actividades judiciales, es decir, se realizan por y ante un tribunal, no tienen naturaleza jurisdiccional”⁵.

El propio encuadre dentro del concepto de “jurisdicción voluntaria” tampoco es pacífico, pues realmente estamos ante un ciudadano que acude a la Administración de Justicia para intentar resolver un conflicto, si bien no lo hace ejerciendo el derecho de acción mediante demanda, ni solicitando que sea un tercero investido de potestad jurisdiccional quien dicte e imponga la solución a la controversia, sino instando a la parte contraria a personarse para alcanzar entre ambos un acuerdo; por lo que para LIÉBANA ORTIZ “aunque consideramos que la conciliación carece de carácter jurisdiccional, precisamente porque falta en ella la demanda, la postulación del juicio y la sentencia, sin embargo dicha actividad preprocesal tampoco puede considerarse un expediente más de jurisdicción voluntaria, puesto que en ella se verifica una controversia”⁶.

Por lo que puede concluirse que la conciliación civil es un medio de solución de conflictos alternativo a la jurisdicción, voluntario, de carácter autocompositivo impropio –porque se verifica ante un tercero ajeno a las partes pero que no impone su solución a éstas–, cuya naturaleza será la de un negocio jurídico bilateral elevado a público por la autonomía de la voluntad de las partes, cuando se celebre ante notario o registrador; y fruto de la autonomía negocial procedimental de dichas partes intervinientes cuando se verifique ante el Letrado de la Administración de Justicia –pues no hay proceso pero sí procedimiento–.

⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (con DE LA OLIVA SANTOS, A.): *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, Ceura, 2004, p. 226.

⁶ LIÉBANA ORTIZ, J.R.: “Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática”; en *REDUR*, nº 9, diciembre 2011, p. 154.

III. LA CONCILIACIÓN CIVIL PREVIA AL PROCESO

1. Ámbito de aplicación

El artículo 139 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria –ni sus precedentes en los proyectos de 2013 y 2006– no ha modificado el régimen de materias excluidas del acto de conciliación establecido en la ley de ritos civiles decimonónica, que son:

- Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza.
- Los juicios en que estén interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes.
- Los juicios de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados.
- En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

2. Competencia: definitivo reconocimiento de las funciones del Letrado de la Administración de Justicia

En el amplio periodo de transitoriedad transcurrido entre la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, surgió la problemática de la atribución competencial para conocer del acto de conciliación procedimental civil, tras la entrada en vigor de L.O. 19/2003; pues el citado texto legal la otorgaba, vía reforma del artículo 456.3.c) LOPJ, a los entonces denominados secretarios judiciales.

Esta incardinación del acto de conciliación en el ámbito de la potestad resolutoria del Letrado de la Administración de Justicia, era consecuencia inmediata de la reserva de la función del juez exclusivamente para el ejercicio de la potestad jurisdiccional; principio informador de la citada reforma de nuestra legislación procesal que, para las tareas procedimentales no jurisdiccionales, optó por ampliar el elenco de facultades del actualmente denominado Letrado de la

Administración de Justicia; a quien el legislador, ya en el Proyecto de 2006, atribuía sin ambages la competencia para conocer de la conciliación⁷.

Sin embargo este otorgamiento competencial no estuvo exento de interpretaciones durante la etapa de reforma legislativo-procesal e instauración del nuevo modelo de oficina judicial. Por una parte se sostenía que, a pesar de los principios de la reforma operada por la implantación de la nueva oficina judicial, si el acto se instaba ante un juzgado de paz la competencia le pertenecía al juez; pero si se solicitaba ante un juzgado de primera instancia aquélla le correspondía al Letrado de la Administración de Justicia⁸. Pero, por otro lado, la expresión “cuando así lo prevean las leyes procesales”, siguiendo una interpretación literal, parecía dejar dicha facultad de los secretarios en suspenso en cuanto no se aprobara la anunciada ley de jurisdicción voluntaria.

La Fiscalía General del Estado en la Consulta 1/2004, de 26 de noviembre, siguiendo precisamente el citado criterio de la literalidad, sostuvo que el artículo 456 LOPJ indicaba “ya con absoluta claridad que se trata de una norma vigente pero de aplicación futura ya que habilita al legislador para arbitrar unas competencias, pero no crea originariamente un marco competencial definido y concretado, sino que lo difiere a la futura ley procesal que la desarrolle”, y que la regulación jurídica aplicable era la contenida en la LEC 1881, “donde no sólo no está previsto que los Secretarios puedan resolver los expedientes mediante decreto, sino que incluso de manera expresa se alude a la competencia del Juez para resolverlos”. Distintas resoluciones jurisprudenciales avalaron la tesis del rechazo de la competencia al Letrado de la Administración de Justicia, con posterioridad a la citada posición de la FGE, en tanto no se publicara la proyectada ley de jurisdicción voluntaria.

Retomada nuevamente la reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria, el Anteproyecto de 2013 solventaba la cuestión afirmando que “se mantiene la competencia del Letrado de la Administración de Justicia para la tramitación y decisión de los actos de conciliación, pues esta Ley salva la opción legal vigente

⁷ Artículo 30.

⁸ TORIBIO FUENTES, F., y VELLOSO MATA, M.^ª. J.: *Manual práctico del proceso civil*, Valladolid, 2010, p. 200.

De forma análoga, GUZMÁN FLUJA, V., COLMENERO GUERRA, J. A., DORADO PICÓN, A.: *Manual práctico de la reforma procesal*, Madrid, 2010, p. 201.

en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento de 1881 (que ahora se deroga), tras su reforma por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre⁹; de manera que en el Proyecto-2013, y en la redacción aprobada por el Congreso en abril de 2015, quedó establecido la competencia para tramitar y resolver el acto de conciliación conferida al “Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de lo Mercantil”.

Repárese en la doble consecuencia de la reforma a esa altura de la tramitación parlamentaria: se opta definitiva y claramente por erigir en competente para conocer del acto de conciliación al Letrado de la Administración de Justicia; pero a su vez, quedaba preterida la competencia del Juez de Paz en la materia. Preterición que no dejaba de llamar la atención en cuanto que el Anteproyecto sí tenía en cuenta a este órgano jurisdiccional¹⁰ para conocer de la materia, al igual que en su momento el Proyecto-2006¹¹ y la propia LEC de 1881. El Proyecto-2013 y el texto remitido a la Cámara Alta se apartaba de la línea legislativa que, de manera continuada, desde el siglo XIX incluía en el ámbito competencial del juez de paz el conocimiento de la conciliación civil. Precisamente en contra de esta preterición del Juez de Paz, argumentó el Grupo Parlamentario Catalán en la tramitación del texto legal ante el Congreso, proponiendo la inclusión de este órgano jurisdiccional dentro de la competencia objetiva para resolver sobre un acto de conciliación, fundamentando que mantener esta atribución “justifica, por los acuerdos que se alcanzan, la existencia misma de esos tribunales. En cualquier caso, ninguna referencia hay en el Proyecto de Ley a que se les haya querido hacer desaparecer. Puede tratarse de un error. Téngase en cuenta que se hace desplazar al ciudadano a la cabeza del Partido Judicial para algo que puede despachar en su localidad, como hasta ahora”¹².

⁹ Comisión general de codificación. Sección especial para la regulación de la jurisdicción voluntaria. Propuesta de Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria, Madrid, Ministerio de Justicia, 2013, p. 6.

¹⁰ Artículo 102.

¹¹ Artículo 30.

¹² Enmienda 254, loc. cit., p. 121. Este grupo parlamentario, atendiendo a la necesidad de acercar la Administración de Justicia al ciudadano, también sostuvo “en cuanto a los Juzgados de lo Mercantil, parece excesivo que haya de tramitarse ante ellos una conciliación por el solo hecho de que su materia sea mercantil, cuando es lo cierto que ninguna actuación ni resolución han de tomar sobre ello. El desplazamiento sería ahora desde la localidad a la capital de la provincia”. Mantuvo la misma línea el grupo Parlamentario Socialista defendiendo que con ello se justifica “la existencia misma de estos modestos Tribunales”; enmienda 311, pp. 164-165.

Criterio que fue acogido en la fase final de redacción de la Ley 15/2015, cuyo artículo 140 terminó por atribuir la competencia objetiva del siguiente modo:

- Juez de Paz: cuestiones de cuantía inferior a 6.000 euros en materias no atribuidas al Juzgado de lo Mercantil.
- Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia, para cuestiones de cuantía superior a 6.000 euros en materias no atribuidas al Juzgado de lo Mercantil (y para cuantía inferior en aquellos municipios en los que no haya Juzgado de Paz).
- Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Mercantil (para materias que le son propias a este ámbito).

No varía lo que respecta a la competencia territorial¹³, que sigue el fuero legal general de las personas físicas (domicilio del requerido) y de las personas jurídicas (domicilio social –con la alternativa del domicilio del solicitante en caso que en dicho lugar tenga “delegación, sucursal, oficina o establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad”–¹⁴). Fuero de carácter inderogable conforme al artículo 2 del texto; llama la atención la exclusión de la sumisión expresa y tácita en un medio de solución de conflictos nacido de la autonomía negocial de las partes.

3. Postulación y defensa

La regla general en los expedientes de jurisdicción voluntaria es la representación procesal por medio de procurador, y la defensa técnica a cargo de letrado, conforme al artículo 3.2 de la Ley 15/2015¹⁵, siguiendo las pautas establecidas

¹³ Artículo 126 del Proyecto.

¹⁴ Cuesta entender la obligación del solicitante del acto de conciliación frente a persona jurídica, de tener que acreditar la existencia de establecimiento o sucursal abierto al público en el lugar donde se presenta la papeleta de conciliación, en cuanto que el artículo 51 contempla este fuero alternativo sin someterlo, al menos en el tenor literal del precepto, a dicho requisito en el proceso civil.

¹⁵ No ha variado el texto aprobado, del artículo 3.2 del Proyecto: “Tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente ley”.

en los artículos 23 y 31 LEC, a salvo de las excepciones tasadas en la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria. Suponiendo precisamente el acto de conciliación una excepción a lo expuesto, al permitirse la comparecencia personal tanto del solicitante como del requerido, siendo potestativa la representación procesal y la asistencia letrada conforme al artículo 141.3 de la Ley 15/2015¹⁶.

¿Se permite la representación voluntaria y no orgánica? ¿Puede el abogado de la persona jurídica que reciba un poder de su cliente para representarle en un acto de conciliación ejercer válidamente dicha representación?

Aparentemente la respuesta debería ser negativa, pues la representación voluntaria puede operar válidamente en el ámbito de las relaciones sustantivas, pero en el ámbito de las relaciones procesales debemos excluir dicha representación, siendo únicamente admisible, a estos efectos, la del procurador, como se deduce del artículo 32.1 LEC; sin embargo, el artículo 543.1 LOPJ dispone que "corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa". Y el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no derogado por la Disposición derogatoria única de la LEC 1/2000, establecía para el acto de conciliación que tanto los procuradores como los abogados podían asistir con el carácter de apoderados o con el de auxiliares de los interesados.

En tal sentido, el AAP Madrid (sección 13ª) de 11 de marzo de 2010¹⁷, se acogió al citado precepto de la regulación decimonónica para aceptar la representación para un acto de conciliación otorgada a favor de un abogado, entendiendo que "los actos de conciliación se rigen por la normativa anterior a la actual ley procedimental y su disposición derogatoria única mantuvo vigentes el Título I del Libro II y los artículos 4, número 1, y 11 –sobre la conciliación– de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881... Sucede en este caso que el representante de la demandante de conciliación es letrado, y como tal figura en el poder a su favor conferido..., siendo claro que el "apoderamiento" a que se refiere el precepto comprende la personación, en los procedimientos de esta clase, en nombre del poderdante".

¹⁶ En la misma línea que el artículo 127.3 del Proyecto-2013: "en los expedientes de conciliación no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador".

¹⁷ Citado en el AAP Madrid (sección 13ª) 143/2010, de 7 de junio. RJA marginal JUR 2010/322220.

Con idéntica flexibilidad acogía dicha opción el AAP Barcelona 47/2012, de 25 de abril: "En la actual legislación procesal, el artículo 23 LEC prescribe sin condicionamiento alguno que las partes pueden comparecer por sí mismas en aquellos procesos en los que la representación profesional no sea obligada. Y de acuerdo con el artículo 7.4 LEC, por las personas jurídicas deben comparecer "quienes legalmente les represente" lo cual debe interpretarse en el sentido de que, no existiendo distinción, pueda comparecer por la persona jurídica cualquier persona, que según las leyes, mercantiles, civiles o procesales, pueda representarla. De este modo no puede entenderse tan solo referido el artículo 7.4 a la denominada representación necesaria o legal (esto es la persona del administrador, art. 128 L.S.A), pues incluso el precepto establece "en la forma determinada por los estatutos", pudiendo éstos establecer la naturaleza delegable o no de todas, o algunas de las facultades representativas. De este modo la persona jurídica, en este caso una sociedad anónima, puede conferir su representación voluntariamente a un apoderado, que no necesariamente debe ser miembro de los órganos orgánicos de la sociedad, y ello con fundamento en las normas generales de apoderamiento (art. 281 y ss. L.com). Por ello trasponiendo el contexto reseñado al supuesto que nos ocupa y a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada –art. 3.1 C.Civil–, entendemos que la sociedad demandante se encuentra voluntariamente representada por su apoderado, en virtud del poder, que le fue conferido por el órgano de administración, para el acto de conciliación, que recordemos no constituye sino una actividad previa a la incoación de un juicio siendo válida dicha representación conferida al apoderado a tal efecto"¹⁸.

En el Proyecto-2013 no se excluyó la representación voluntaria y, posteriormente, en sede de tramitación parlamentaria, una enmienda presentada por el grupo parlamentario Izquierda Plural, ofrecía una redacción alternativa al actual artículo 130.1: "Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a abogado, procurador o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (...)"¹⁹.

¹⁸ JUR 2012/195293.

¹⁹ Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado; en BOCG, 22 de abril de 2015, núm. 112-2, p.51. Enmienda número 115, justificada en que "Al no estar, en puridad, en el ámbito de la jurisdicción civil, y postular además la supresión de la representación y defensa obligatorias en la totalidad de expedientes de tramitación voluntaria, no tiene sentido limitar la posibilidad de representación a un procurador".

Sin embargo, del texto definitivamente aprobado como Ley de Jurisdicción Voluntaria, debe responderse negativamente a la cuestión de la representación voluntaria, pues su artículo 144.1 la excluye desde el mismo momento en que, además de indicar que “las partes deberán comparecer por sí mismas o por medio de procurador”, añade: “siendo de aplicación las normas sobre representación recogidas en el Título I del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, por lo que queda claro que la representación deberá ser la llamada representación legal del artículo 7 y concordantes de la ley de ritos civiles.

La disquisición trasciende más allá del punto de vista doctrinal, desde el momento en que el legislador establece en el artículo 145.2: “Si se alegare alguna cuestión que pueda impedir la válida prosecución del acto de conciliación se dará por terminado el acto y se tendrá por intentada la conciliación sin más trámites”, pudiéndose interpretar este precepto, dado su redacción, relacionándolo con el artículo 416.1.1^a y 418.2 LEC al no estar previsto plazo de subsanación sino el inmediato archivo.

Quizás una solución sería la propuesta por el APP Madrid (Sección 20^a) núm. 81/2006, de 13 de marzo, pues si los medios alternativos de solución de conflictos se basan en principios como flexibilidad, menor coste económico y rapidez para favorecer estas vías frente a la jurisdicción, no cabe desconocer ante el amplio desarrollo de las relaciones comerciales, incluso a nivel internacional, que entender de manera flexible la representación en estos casos quizás beneficiaría el recurso a estas formas de solucionar controversias civiles y mercantiles, admitiendo la representación voluntaria de apoderados con facultades no estrictamente procesales, sino acreditando también facultades materiales en la actividad del poderdante, para no enmascarar una representación procesal en fraude de ley; así, el citado auto razona: “Dada la intensa actividad procesal de determinadas personas jurídicas, como es el caso de las entidades de crédito, y el ámbito territorial de su actuación, resultaría difícil defender un criterio muy restrictivo en esta materia, salvo que se limitase sensiblemente para ellas la facultad que concede la Ley para comparecer por sí mismas; lo que podría solucionarse admitiendo que, como en la legislación anterior, pudiesen comparecer también ante los Tribunales sus apoderados con facultades materiales concretas cuando el objeto del litigio se refiera al giro o tráfico que les hubiere sido encomendado dentro de la persona jurídica”²⁰.

²⁰ Ibidem.

4. Incomparecencia

El artículo 144 apartados 2 y 3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que la incomparecencia del solicitante trae como consecuencia que se le tendrá por desistido y se archivan las actuaciones; y se devenga el derecho del requerido a solicitar a aquél la “indemnización de los daños y perjuicios que su comparecencia le haya originado”. Si fuera el requerido quien no compareciera, se dicta decreto teniendo por intentada la conciliación a los efectos oportunos; y en caso de pluralidad de requeridos, la ausencia de alguno provoca el archivo frente al incompareciente pero permite la celebración del acto de conciliación con los asistentes.

A efectos prácticos la incomparecencia no tiene más consecuencia que el archivo de actuaciones, pues al no ser preceptiva la asistencia de abogado ni procurador la condena en costas no tiene efectividad real²¹.

5. Tramitación procedimental

A) Solicitud

Aun con una redacción distinta, en esencia no han cambiado los requisitos de la solicitud de conciliación en el artículo 141 de la Ley 15/2015 respecto a los regulados en el artículo 465 LEC 1881: identificación de las partes; domicilios de notificación; objeto de la conciliación y fecha; insistiendo el legislador en que debe determinarse “con precisión y claridad el objeto de la avenencia”.

Sí es novedoso frente a la legislación decimonónica, la existencia de formularios normalizados en las sedes judiciales a disposición de los ciudadanos. Igualmente se contempla la posible presentación de documentos junto a la solicitud, aunque no es un momento preclusivo pues se permite la aportación documental en el mismo acto de conciliación; al igual que anteriormente lo permitiera el Proyecto-2006 que, con mayor rotundidad, disponía que los “documentos podrán ser aportados también en el acto de conciliación”²².

²¹ ALBERT EMBUENA, Vicente L.: *Acto de conciliación civil. Procedimiento y jurisprudencia*, Valencia, Ediciones Tro S.L., 1999, p. 42.

²² Artículo 31.2.

B) Admisión

Recibida la solicitud de acto de conciliación, el Letrado de la Administración de Justicia resolverá sobre su admisión en el plazo de cinco días; no indica el artículo 142.1 de la ley 15/2015, al igual que tampoco lo hacía el 128.1 del Proyecto 2013, qué tipo de resolución será la que dicte, pero entendemos que debe ser un decreto en el caso del Letrado de la Administración de Justicia, y un auto en el del Juez de Paz; en el que citará a los interesados, señalando el día y hora en que haya de tener lugar el acto de conciliación. La admisión lleva aparejada el efecto de interrumpir la prescripción adquisitiva y extintiva.

En lo que respecta a la notificación de la solicitud de conciliación al requerido, la regulación actualmente vigente no incluía norma expresa, por lo que prima facie parece que rige el régimen general de actos de comunicación previsto en la ley de ritos civiles, y no excluyéndose por ello la comunicación por edictos, pues al no deparar la incomparecencia justificada –mayor justificación que el desconocimiento del procedimiento– ningún efecto negativo para el requerido no parece que prima facie haya obstáculo legal para ello. Sin embargo la inutilidad práctica de convocar una conciliación frente a alguien cuyo domicilio desconocemos, y siendo además un acto facultativo para el solicitante, la solución más lógica nos parece la contraria; esto es, en caso de no localizar a la parte contraria, archivar directamente sin más trámite el acto de conciliación. En tal sentido, analizando la regulación de la cuestión en la LEC 1881, se pronunció el AAP Madrid (Sección 21ª) de 6 de marzo de 2002²³: “planteándose el tema de la aplicación al acto de conciliación de la citación edictal cuando se desconocía el domicilio de alguno de los demandados en un acto de conciliación... dada la naturaleza y carácter meramente facultativo de la conciliación... tras la reforma por la Ley 34/1994, no tiene sentido instar un acto de conciliación frente a persona que tiene un domicilio desconocido, ya que nada se logra con la mera presentación del mismo contra quien se ignora dónde tiene su residencia, no pareciendo lógico el que se proceda a citar por edictos a un acto de conciliación a nadie, cuando su celebración ni es obligatoria ni conlleva a un resultado práctico y efectivo si no acudiera a su celebración el demandado (...), pero es que en cualquier caso lo que no podemos olvidar es que intentar un acto de conciliación contra persona de la que se desconoce su domicilio plantea un grave problema en cuanto a la determinación de la competencia territorial (...).”

²³ JUR 2003/42486.

Razonamiento que sigue el legislador en el artículo 140.1 párrafo tercero de la Ley 15/2015, disponiendo el archivo de actuaciones mediante decreto no sólo en caso de averiguar que el domicilio del requerido se encuentra en partido judicial distinto, sino también cuando el resultado de la averiguación domiciliaria sea infructuoso.

En consecuencia, solicitada la conciliación y no siendo posible notificar al requerido en el domicilio señalado en dicha solicitud, no debe archivar directamente las actuaciones; sino que aplicando el principio *pro actione*, puede instarse por el solicitante la averiguación domiciliaria y debe acordarse la misma por el Letrado de la Administración de Justicia mediante diligencia de ordenación; a título ilustrativo, AAP Las Palmas (Sección 4ª) núm. 201/2005 de 6 de octubre²⁴: “El acto de conciliación está regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 dentro de lo que era su Libro Segundo relativo a “la Jurisdicción Contenciosa” por lo que ningún obstáculo hay para que le sea de aplicación las normas comunes que sobre comunicaciones establece la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 está expresamente derogada en lo que respecta al régimen de los actos de comunicación (regulados en su Libro I, Título VI, no afectado por la excepción de no derogación de la referida Disposición Derogatoria)”.

Entre las causas de inadmisión se encuentran dos:

- Presentar una petición de conciliación sobre una materia que no pueda ser objeto de este acto de jurisdicción voluntaria.
- Instar una conciliación para una finalidad distinta de la evitación del futuro litigio pero que además “suponga un manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley o procesal”; este motivo es novedoso en la regulación del instituto de la conciliación y su fundamento, según Cordón Moreno²⁵, debe ponerse en relación con los artículos 11.2 LOPJ y 247 LEC, esto es, con el principio de buena fe procesal. Esta previsión legislativa no ha estado exenta de polémica en su tramitación parlamentaria, al

²⁴ RJA, marginal JUR 2005/274153.

²⁵ CORDÓN MORENO, Faustino: “De la conciliación”; en AAVV: *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*, Antonio Fernández de Buján (director), navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 670.

entenderse que excede de las funciones del Letrado de la Administración de Justicia la calificación de un acto realizado en "abuso de derecho" o en "fraude de ley", así como la facultad de rechazar "de plano" la solicitud²⁶.

C) Celebración

El acto de conciliación se celebrará en el plazo máximo de diez días (mínimo de cinco) a contar desde el siguiente hábil al de la notificación del decreto de admisión de la solicitud, modificando en este aspecto, la regulación decimonónica que establecía que su celebración se verificaría "a la mayor brevedad posible"²⁷ pero no por un plazo superior de ocho días.

Teniendo por iniciada la comparecencia, antes de abordar el objeto material de la conciliación deberá el Letrado de la Administración de Justicia requerir a los comparecientes si existe alguna cuestión que suponga un obstáculo para la válida prosecución del acto, pues de realizarse alguna alegación en tal sentido o planteada cuestión de competencia se tendrá directamente el acto celebrado sin avenencia.

El principio de oralidad informa a esta comparecencia, de manera que comenzará exponiendo su reclamación el solicitante, manifestando los fundamentos en que la apoye; para, a continuación, contestar el requerido lo que crea conveniente, y pudiendo ambas partes exhibir o aportar cualquier documento en que funden sus alegaciones.

Al igual que en el régimen jurídico de nuestra ley decimonónica de ritos civiles, el legislador potencia en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria la función mediadora del Letrado de la Administración de Justicia que, en caso de observar la falta de avenencia, podrá intervenir en la cuestión y otorgar nuevos

²⁶ Enmienda 182, grupo parlamentario UPyD, loc. cit., p. 92: "en cualquier caso, más difícil respuesta tiene la pregunta de quién decide semejante cuestión, no siendo, desde luego, admisible que lo haga el Letrado de la Administración de Justicia a limine, sin audiencia, «de plano». Por todo ello, es preferible dejar que el ordenamiento fluya por sus generales de la ley, en lugar de regular supuestos de difícil solución, que no servirán más que para complicar los expedientes". El Grupo Parlamentario Catalán se mostró igualmente partidario de eliminar este segundo párrafo del artículo 125 del proyecto, en la enmienda número 252, op. cit., p. 120.

²⁷ Artículo 466 LEC 1881.

turnos de palabra –réplica y contrarréplica– a los intervinientes con la finalidad de facilitar el acuerdo.

En desarrollo de la potestad de documentación del Letrado de la Administración de Justicia, la comparecencia “se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen”²⁸.

D) Finalización

El acto de conciliación concluirá sin avenencia en los siguientes casos:

- Por inexistencia de acuerdo entre las partes.
- Por inasistencia de solicitante o requerido.
- Por plantearse cuestión de competencia o algún obstáculo que impida la válida prosecución del procedimiento.

Si hay acuerdo entre las partes podrá ser total o parcial sobre el objeto de la conciliación, y en ambos supuestos se extenderá un acta que firmarán los asistentes en el que se haga constar detalladamente los términos del acuerdo.

En ambos supuestos (acuerdo o ausencia de avenencia) el Letrado de la Administración de Justicia dictará un decreto dando por finalizado el procedimiento de conciliación, al que se unirá el acta firmada por ambas partes que será título ejecutivo por la vía del artículo 517.2.9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que otorga tal naturaleza a “las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución”. Si fuera el Juez de Paz quien hubiera conocido de la conciliación, dictará un auto²⁹, con eficacia ejecutiva conforme al artículo 517.2.1º LEC. Funcionalmente será competente

²⁸ *Ibidem supra*. Entendiendo el Grupo Parlamentario Catalán que en el acto de conciliación bastaría con redactar simplemente el acta, por la simplicidad de tal expediente de jurisdicción voluntaria; vid. enmienda 263, op. cit., p. 126.

²⁹ RUEDA GUIZÁN, Josefa: “El Letrado de la Administración de Justicia en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”; en AAVV: *La jurisdicción voluntaria: una apuesta por la eficacia*, Antonio Fernández de Buján y Fernández y Francisco Javier García Más (coordinadores), Madrid, Dykinson, 2016, p. 56.

para conocer del proceso de ejecución el Juzgado que tramitó la conciliación, tramitándose por el cauce procedimental de la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados; en el caso de autos dictados por el Juez de Paz, la competencia recaerá en el Juzgado de Primera Instancia del partido judicial donde aquél tenga su sede.

E) Recursos

Contra lo convenido en el acto de conciliación no cabe recurso alguno; únicamente puede impugnarse mediante la acción de nulidad fundamentada en alguna de las causas que invalidan los contratos; la demanda de nulidad debe interponerse en el plazo de quince días desde que se celebró la conciliación.

En el proyecto presentado en 2013 se establecía: “Lo convenido tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne; y esta resolución no es recurrible, aunque sí puede impugnarse ejerciendo la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos en el plazo de quince días desde que se formalice el acta”.

IV. LA CONCILIACIÓN CIVIL ANTE NOTARIO³⁰

Este expediente de conciliación fue introducido por el Grupo Parlamentario Popular en la tramitación del proyecto ante el Congreso, mediante enmienda de adición³¹, justificando la creación de este acto de conciliación *ex novo* porque así “se dota de tipicidad normativa a las escrituras públicas notariales que ya

³⁰ Sobre el papel de los Notarios en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, vid. SEOANE CACHARRÓN, J.. “Breve Examen Crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria”. La Ley 8335/2013. *Diario La Ley*, año XXXIV, nº 8184. 5 de noviembre de 2013 (pp. 1-8); LUDEÑA BENÍTEZ, O. D.: “Razones para una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la exposición de motivos de la propuesta de Anteproyecto y el Anteproyecto de 2013”; en http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho-Procesal-Civil/740-razones-para-una-nueva-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-analisis-de-la-exposicion-de-motivos-de-la-propuesta-de-anteproyecto-y-el-anteproyecto-de-2013.html#_ftnref4. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”. *Diario La Ley*, nº 8273, 2014. LIÉBANA ORTÍZ, J.R.: “La nueva Jurisdicción Voluntaria”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 876/2014. Aranzadi, Pamplona 2014. pp. 1-3.

³¹ Enmienda número 428; op. cit., p. 252.

se realizan en la actualidad si bien, aunque resulten del ordenamiento jurídico su contenido, carecer de regulación notarial". Medida legislativa a iniciativa del entonces Gobierno de la Nación, con objeto de descargar la carga de trabajo de los juzgados y agilizar la solución de conflictos entre particulares, que ha sido criticada desde grupos de la oposición aunque con criterios más políticos que jurídicos³².

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, para regular este expediente ha introducido, mediante su disposición final undécima, un Título VII en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; cuyos artículos 81 a 83 reglamentan el régimen jurídico de la conciliación ante notario.

La conciliación podrá realizarse sobre cualquier controversia contractual, mercantil, sucesoria o familiar siempre que no recaiga sobre materia indisponible. Las cuestiones extra o para concursal no podrán conciliarse siguiendo este trámite.

Las materias indisponibles para conciliar notarialmente coinciden con las establecidas para la conciliación procedimental ante el Letrado de la Administración de Justicia.

La tramitación carece de complejidad, y su naturaleza jurídica se corresponde con un acuerdo transaccional nacido de la autonomía negocial de las partes y elevado a escritura pública, en la que se recogerá tanto la falta de acuerdo como, en caso de avenencia, los términos en que éste se pacta; el acuerdo protocolizado en escritura pública es título ejecutivo (según el artículo 83 de la Ley del Notariado por la vía del artículo 517.2.9ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque entendemos que la naturaleza de título de ejecución se regula más bien el artículo 517.2.4ª LEC). La posible novación obligacional posterior al acuerdo formalizado en escritura pública no puede acceder a dicha ejecución, a salvo de la aplicación del principio dispositivo una vez iniciado el proceso ejecutivo.

No dispone nada la Ley de Jurisdicción Voluntaria sobre la competencia funcional para la ejecución de esta escritura pública, por lo que debe aplicarse el

³² Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado; en *BOCG*, 22 de abril de 2015, núm. 112-2, pp. 2-3. Enmienda número 1.

artículo 545.3 de la ley de ritos civiles, en coherencia además con los fueros establecidos en el artículo 125 del proyecto en sede de conciliación procedimental civil.

V. CONCILIACIÓN ANTE EL REGISTRADOR

Finalmente, la disposición final duodécima de la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha introducido un título IV bis en la Ley Hipotecaria, estableciendo en el actual artículo 103 bis del texto legal hipotecario que “los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial”.

Las materias conciliables ante el registrador serán las reguladas en los artículos 199, 209 y 210 de la Ley Hipotecaria, que versan sobre deslindes, doble inmatriculación y cancelación de cargas respectivamente.

VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Ante la regulación de la mediación por la Ley 5/2012 de 6 de julio y consiguientes reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, parecía que el legislador apostaba claramente por la mediación como método alternativo para la resolución del conflicto, en evitación del juicio y la posterior sentencia contradictoria. La conciliación, quedaba en un plano residual dentro de las formas alternas a la jurisdicción, máxime cuando en el año 2012 todavía se regulaba por la legislación procesal civil decimonónica sin visos claros de actualizar su régimen normativo. De hecho, en la reforma introducida en la ley de ritos civiles por la Ley 5/2012, se menciona pocas veces de forma expresa a la conciliación, a diferencia de lo que ocurre con la mediación en artículos como el 19, 414, 415, 440, 443.1 todos de la LEC, por citar los más relevantes a efectos del presente estudio. A mayor abundancia, el propio artículo 415 LEC, a pesar de rubricarse “Intento de conciliación o transacción”, en su contenido no hace expresa referencia al instituto de la conciliación; en contraposición con la mediación, a la que el legislador sí concede mayor preponderancia, de tal modo que incluso dispone que “las

partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación”, no especificando que los litigantes tengan el mismo derecho procesal respecto al acto de conciliación. ¿Pueden las partes solicitar la suspensión del curso del proceso para someter su cuestión litigiosa a una conciliación? Pues en nuestra opinión, aunque el artículo 415 LEC no lo regule expresamente, las partes procesales sí tienen esa posibilidad, en aplicación del principio dispositivo del artículo 19 LEC; en sede de conciliación notarial afirma Urrutia Badiola que “tal como resulta de la redacción del artículo 81 LN, cabe que sea aplicada a cualquier conflicto existente entre particulares sobre materias de libre disposición, sin que pueda excluirse de la intervención notarial la existencia de un proceso simultáneo que podrá terminar por medio de la escritura de conciliación que, aportada al procedimiento, pueda concluir el mismo por acuerdo entre las partes”³³.

A pesar de este papel secundario al que parece reducir el legislador al acto de conciliación, el *Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación* parece abrir nuevas perspectivas para la conciliación, en aras de la política legislativa de encontrar fórmulas consensuadas entre las partes en conflicto que redunden en una aminoración del volumen de litigiosidad que actualmente colapsa la Administración de Justicia; de este modo, el artículo segundo apartado siete del Anteproyecto, propone la modificación del actual artículo 403.2 LEC en los siguientes términos: “No se admitirá las demandas cuando... no se hayan intentado mediaciones, conciliaciones (...)”.

CARCELLER aboga por fomentar la formación de los secretarios judiciales en técnicas conciliadoras para potenciar los resultados del acto de conciliación³⁴, lo que sin duda redundaría positivamente en su eficacia. Estimamos que este loable crecimiento formativo del Letrado de la Administración de Justicia debería tener su reflejo en el procedimiento de la conciliación en el sentido de aumentar sus funciones, pues nos parece que escasa utilidad tendría promover la formación del competente para conocer del acto de jurisdicción voluntaria si va a mantener la actitud pasiva que se deduce de la limitación funcional con que se regula

³³ En AAVV: *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1.670.

³⁴ *Ibidem*.

su intervención en el articulado de la Ley 15/2015, prácticamente circunscrita a la ordenación material del procedimiento y al principio de unidad de acto que informa su tramitación.

Uno de los mayores fundamentos de la vigencia actual de la conciliación civil, aunque termine sin avenencia, es acreditar una actuación de buena fe por las partes litigantes (artículo 247 LEC), con incidencia en una posible condena en costas por la vulneración del citado principio procesal (artículo 395.1 LEC).

Pero lo que más interesa destacar del acto de conciliación, frente a otros medios alternativos de solución del conflicto como la mediación, son dos características: menos coste económico –particularmente si se tramita ante la Administración de Justicia– y mayor efectividad práctica en caso de incumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes; pensamos especialmente en ámbitos como el de reclamaciones dinerarias de escasa cuantía, en asuntos de escasa complejidad y, en general, en controversias donde las posturas de las partes aparentemente no necesiten del recurso a la figura de un mediador, para crear el clima de diálogo necesario para alcanzar la solución, sino que estamos ante supuestos en los que quizás baste simplemente lograr que las partes coincidan personalmente en una comparecencia en la que puedan ser receptoras de los argumentos fácticos y jurídicos del contrario (ad exemplum, los habituales conflictos vecinales derivados de incumplimientos de la Ley de Propiedad Horizontal).

No debe olvidarse que el posible acuerdo de mediación extrajudicial –realizada sin que se haya iniciado un proceso– no tiene eficacia ejecutiva si ambas partes finalmente no otorgan dicho efecto al citado acuerdo mediante su elevación a escritura pública. Por el contrario, las resoluciones dictadas por el Juez de Paz o por el Letrado de la Administración de Justicia en una conciliación finalizada con avenencia, son títulos ejecutivos ope legis, por aplicación del artículo 517.2 apartados 2º y 9º respectivamente de la LEC.

Igualmente ocurre con la conciliación ante notario, pues conforme al artículo 49 de la Ley del Notariado (“cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste, o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública”) en relación al artículo 82.1 de la misma ley, los términos conciliados del acuerdo quedan reflejados directamente en escritura pública que, por operatividad del artí-

culo 571.2.4º LEC, tiene eficacia ejecutiva directa. En el mismo caso nos encontramos si la conciliación es ante registrador, porque la resolución de la controversia tendrá la forma de certificación, conforme al artículo 103 bis apartado 2 de la Ley Hipotecaria: "celebrado el acto de conciliación, el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia"; la naturaleza es de documento público, en este caso inscribible registralmente³⁵, que será lo que lógicamente pretenda el peticionario de la conciliación.

Concluimos, por tanto, en las interesantes y halagüeñas perspectivas que abre para el acto de conciliación, indirectamente al nombrarlo, el Anteproyecto de la Ley de Impulso de la Mediación, en desarrollo de las políticas legislativas europeas respecto a la implantación de los mandatory mediation en las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión.

Bibliografía

AAVV: *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Francisco Lledó Yagüe et alii (directores), Madrid, Dykinson, 2016.

ALBERT EMBUENA, Vicente L.: *Acto de conciliación civil. Procedimiento y jurisprudencia*, Valencia, Ediciones Tro S.L., 1999.

CARCELLER FABREGAT, Fernando: "El acto de conciliación"; en <http://www.upsj.org/documentos.item.249/el-acto-de-conciliacion.html>

CORDÓN MORENO, Faustino: "De la conciliación"; en AAVV: *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*, Antonio Fernández de Buján (director), Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, Ceura, 2004.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013". *Diario La Ley*, nº 8273, 2014.

³⁵ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 2017.

GUZMÁN FLUJA Vicente, COLMENERO GUERRA, José Antonio, DORADO PICÓN, Antonio: *Manual práctico de la reforma procesal*, Madrid, 2010.

LIÉBANA ORTIZ, J.R.: "Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática"; en *REDUR*, nº 9, diciembre 2011.

LUDEÑA BENÍTEZ, Óscar Daniel: "Razones para una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la exposición de motivos de la propuesta de Anteproyecto y el Anteproyecto de 2013"; en http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho-Procesal-Civil/740-razones-para-una-nueva-ley-de-jurisdiccin-voluntaria-anlisis-de-la-exposicin-de-motivos-de-la-propuesta-d-e-anteproyecto-y-el-anteproyecto-de-2013.html#_ftnref4

RUEDA GUIZÁN, Josefa: "El Letrado de la Administración de Justicia en la Ley de Jurisdicción Voluntaria"; en AAVV: *La jurisdicción voluntaria: una apuesta por la eficacia*, Antonio Fernández de Buján y Fernández y Francisco Javier García Más (coordinadores), Madrid, Dykinson, 2016.

SEOANE CACHARRÓN, Jesús: "Breve Examen Crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria". *Diario La Ley*, nº 8184. 5 de noviembre de 2013.

TORIBIO FUENTES, Fernando, y VELLOSO MATA, María José: *Manual práctico del proceso civil*, Valladolid, 2010, p. 200.

LA MASACRE EN LA UCA DE EL SALVADOR. ENTRE LA JUSTICIA Y LA IMPUNIDAD 30 AÑOS DESPUÉS

Sidney Blanco

*Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal
y Derecho Procesal Constitucional*

(Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. UCA. El Salvador)

Dedico este artículo a Pepe Martín Ostos, a quien el destino me puso enfrente para descubrir una vez más que existen personas de las que se puede aprender no solo la ciencia del derecho, que es poca cosa, sino de la calidez humana, de la sencillez y humildad, que tienen un valor superior al conocimiento. Con Pepe, el concepto de la amistad cobra sentido a plenitud

Tengo claro que este artículo se inserta en un libro homenaje con ocasión del retiro o jubilación del catedrático Martín Ostos y lo que aquí relato seguramente desentonará con el resto porque trasciende lo estrictamente procesal, pero está relacionado con mi ponencia bajo el mismo título presentada en las jornadas del I Congreso Internacional "La Administración de Justicia en España y en América", celebradas los días 19 y 20 de septiembre de 2019, en la Universidad de Sevilla.

Es una mezcla de vivencias personales en mi país El Salvador, enfocada en el asesinato de seis sacerdotes jesuitas y dos mujeres, cometido por militares la madrugada del dieciséis de noviembre de 1989, dentro del campus de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, UCA. Tuve participación en el proceso penal original que se siguió en contra de los implicados, primero, como fiscal en representación de la oficina del fiscal general; posteriormente, intervine como acusador particular o querellante, como apoderado de los familiares de los asesinados; además declaré como testigo ante el Juez Instructor Eloy Velasco de la Audiencia Nacional de Madrid y recientemente rendí mi declaración ante el juicio que se tramita ante la Sala Penal segunda de la mencionada Audiencia Nacional.

Ejercí como juez de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (2009-2018), específicamente en la Sala de lo Constitucional y durante ese período (2012), el juez Velasco giró ordenes de captura internacional con fines de extradición en contra de los señalados como autores intelectuales de la masacre. Conforme a nuestra Constitución, la Corte Suprema tiene la competencia de decidir acerca de las extradiciones activas y pasivas. Desde luego en esa discusión no participé y me excusé de conocer por razones obvias. Más tarde concurrí con mi voto para declarar inconstitucional la ley de amnistía. Los acusados del caso jesuita en su oportunidad se vieron favorecidos con la mencionada ley y por ello, inicialmente me excusé de participar en el debate o enjuiciamiento de la misma. Sin embargo, los restantes jueces de la Sala de lo Constitucional denegaron la procedencia del impedimento debido a que se juzgaba la ley en abstracto, y no el caso concreto.

Cuando me pidieron formar parte del equipo de fiscales que debía participar en la investigación del asesinato, mi juventud profesional y mis 28 años de edad no me permitieron dimensionar todo lo que ello implicaba, pero esos mismos ímpetus de abogado recién graduado sirvieron para contrastar lo que todos los estudiantes de leyes aprendemos en las aulas de que el derecho tiene como valor principal la justicia, por un lado; y por el otro, lo que no suele decirse con claridad en las clases universitarias, de que la impunidad tiene también muchos adeptos, tantos como la justicia.

La impunidad es la incapacidad del Estado para investigar, esclarecer y sancionar. No es que los criminales actúan con tanto sigilo y no dejan huellas o evidencias, sino que con frecuencia funcionarios de las mismas instituciones encargadas de investigar, obstruyen u omiten actuar eficazmente para dificultar el descubrimiento. En el año 2007 junto con Francisco Díaz desarrollamos un estudio denominado *Deficiencias policiales, fiscales y judiciales en la investigación del delito y el juzgamiento del delincuente*¹. La investigación tenía por objeto medir cuantitativa y cualitativamente la impunidad y sus posibles causas. Se seleccionaron las tres ciudades más representativas de las regiones del país: San Salvador, Santa Ana y San Miguel. Se estudiaron únicamente los delitos de homicidios cometidos en el año 2005. Los resultados fueron que casi el 96% de los referidos delitos cometidos quedan en la impunidad; apenas se logran investigar

¹ Puede consultarse el estudio en <http://archivo.elfaro.net/secciones/noticias/20070723/informe.pdf>

y sancionar poco menos del 4%. Esto nos aproxima a conocer de qué país y de qué sistema estamos hablando.

Quiero dividir el presente artículo en siete partes y unas conclusiones: *la primera*, quiénes fueron las víctimas y sus victimarios; *la segunda*, el contexto temporal y espacial en que sucedieron los hechos; *la tercera*, el apareamiento de los supuestos responsables de los crímenes y los límites de las investigaciones trazadas desde un inicio; *la cuarta*, el papel del sistema judicial y de la Fiscalía General de la República; *la quinta*, el proceso penal salvadoreño y sus fases; *la sexta*, la amnistía general como una reacción al informe de la Comisión de la Verdad; *la séptima*, los intentos por juzgar a los autores intelectuales, dentro y fuera del país.

I. VÍCTIMAS Y VICTIMARIOS

Quiénes eran las víctimas: i) Ignacio Ellacuría, S.J. rector de la UCA, filósofo y teólogo, nació en 1930 en el País Vasco; ii) Ignacio Martín Baró, S.J. vicerrector académico y de investigaciones de la UCA, teólogo y psicólogo, nació en Valladolid, España en 1942; iii) Segundo Montes, S.J. director del Instituto de Derechos Humanos de la UCA, antropólogo social, nació en Valladolid en 1943; iv) Amando López, S.J. coordinador de la carrera de teología de la UCA, profesor de filosofía y teología, nació en Burgos, España; v) Juan Ramón Moreno, S.J. director asistente del Centro Pastoral Monseñor Romero de la UCA, teólogo, nació en 1933, en Villatuerta, España; vi) Joaquín López y López, S.J. nació en 1918 en El Salvador, educador, uno de los fundadores de la UCA y de varios centros educativos denominados Fe y Alegría, que atiende a niños, jóvenes y adultos; vii) Julia Elba Ramos, nació en 1947 en Santiago de María, El Salvador, cocinera de una casa de estudiantes jesuitas y esposa del jardinero de la UCA; viii) Celina Ramos, hija de Julia Elba, nació en El Salvador en 1973, estudiante.

Quiénes fueron los acusados: 1) coronel Guillermo Alfredo Benavides Moreno, de 46 años de edad, miembro de una numerosa generación de militares conocida como "La Tandoná", graduada en 1966 de la Escuela Militar, de donde fue nombrado como su director, a partir de junio de 1989. Su carrera militar comenzó en la fuerza aérea, luego fue comandante del Batallón Belloso, luego del Destacamento Militar número 3 con sede en La Unión, posteriormente en el Destacamento número 5 de Cojutepeque, luego fue nombrado jefe del

Conjunto de Inteligencia del Estado Mayor hasta culminar como director de la Escuela Militar. Fue el oficial de mayor rango dentro de los que fueron juzgados en El Salvador. Actualmente se encuentra en prisión cumpliendo los 30 años impuestos por el juez en sentencia definitiva. 2) El teniente coronel Carlos Camilo Hernández, al momento de los hechos tenía 38 años de edad, era subdirector de la Escuela Militar. No aparece vinculado en la preparación ni ejecución de la masacre. La imputación en su contra fue por el delito de encubrimiento real, puesto que ordenó incinerar los libros de entrada y salida de la Escuela Militar, los que habría servido para reafirmar los movimientos de la tropa que cometió los asesinatos. 3) teniente José Ricardo Espinoza Guerra, alias "el toro", tenía 30 años de edad, estudió en el colegio jesuita Externado San José de San Salvador, se graduó posteriormente de la Escuela Militar. Fue entrenado en los Estados Unidos en un curso para oficiales de Fuerzas Especiales en el Fort Bragg, Carolina del Norte. Pertenece al Batallón Atlacatl y era el encargado de la tropa que se movilizó desde su sede en las afueras de la ciudad hacia la Escuela Militar. Extrajudicialmente aceptó haber recibido la orden del coronel Benavides de asesinar a Ellacuría, sin dejar testigos. 4) teniente Yushy René Mendoza Vallecillos, de 27 años de edad, graduado de la Escuela Militar. Inicialmente estaba destinado en la Brigada de Artillería, recibió capacitación en la Escuela de Infantería Armada en el Fort Benning de los Estados Unidos. Era el asistente del coronel Benavides en la Escuela Militar. Acompañó a Espinoza Guerra y su tropa el día de la masacre. 5) Subteniente Gonzalo Guevara Cerritos, alias "lince" de 28 años de edad, ingresó al ejército en 1980 –no asistió a la Escuela Militar–, recibió capacitación en los Estados Unidos y era el ejecutivo en la unidad de comandos del Batallón Atlacatl. 6) Sargento Ramiro Avalos Vargas, alias "satanás", miembro del Batallón Atlacatl, recibió capacitaciones en los Estados Unidos. Se le atribuye haber asesinado a los sacerdotes Amando López y a Juan Ramón Moreno. 7) Subsargento Tomás Zarpate Castillo, alias "sansom", de 30 años de edad, miembro del Batallón Atlacatl. Se le atribuye participación por haber disparado contra Julia Elba y la menor Celina Ramos. 8) Cabo Ángel Pérez Vásquez, de 31 años de edad, recibió entrenamiento en los Estados Unidos, era miembro del Batallón Atlacatl y se le atribuyó haber matado al sacerdote Joaquín López y López. 9) Soldado Oscar Mariano Amaya Grimaldi, alias "pilijay", de 28 años de edad, miembro del Batallón Atlacatl, era experto en el uso del fusil AK-47. Con un arma de este tipo, que le fue entregada en la Escuela Militar exclusivamente para uso en el operativo de la UCA, mató a los sacerdotes Ignacio Ellacuría, Ignacio Martín Baró y a Segundo Montes. 10) Soldado Jorge Alberto Sierra Ascencio, de 28 años de

edad, miembro del Batallón Atlacatl. Disparó –hasta asesinarlas– contra Julia Elba y Celina Ramos. Desertó del ejército en diciembre de 1989 y no fue detenido.

El Batallón Atlacatl fue uno de varios batallones creados, adiestrados y auspiciados por el gobierno de los Estados Unidos desde 1980. Aparece involucrado en demasiadas violaciones a derechos humanos a lo largo de la guerra civil en El Salvador. Pero ¿quién era Atlacatl, según la historia? No hay certeza sobre su origen y existencia. Para algunos historiadores, Atlacatl fue un líder indígena que opuso resistencia contra la invasión del territorio por parte de los españoles, comandada por Pedro de Alvarado. Para otros historiadores, Atlacatl, proviene de Atacat, que era un poblado pipil en Escuintla, Guatemala. Estados Unidos se volcó decididamente en el apoyo militar y económico, por lo que muchos de sus miembros fueron entrenados directamente por el ejército estadounidense y mantuvieron una estrecha relación con los asesores durante el conflicto armado que vivió El Salvador. Tuvo su sede en el Sitio del Niño, a 26 kilómetros de la ciudad capital; estuvo adscrito al Estado Mayor. El Batallón Atlacatl aparece señalado en varias masacres cometidas contra civiles, entre otras la de El Mozote (mil muertos aproximadamente) y el Calabozo (más de 200 muertos). Fue disuelto a raíz de la firma de los Acuerdos de Paz.

II. CONTEXTO EN QUE SE COMETIERON LOS ASESINATOS

La Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, UCA, se ha caracterizado por su intensa actividad académica, por reflexionar y aportar ideas para buscar la solución a los grandes problemas del país en los diferentes campos del conocimiento. La UCA no está encerrada en sus propios muros ni en sus agradables espacios, sus jardines y pequeños bosques; realiza investigaciones empíricas, y constantemente mide y verifica el pensamiento de la ciudadanía sobre diversos temas, tales como el desempeño de las instituciones públicas, migración, medio ambiente, la violencia, justicia, seguridad, salud, transparencia, procesos electorales, combate a la corrupción, derechos humanos y muchos más. El pensamiento de las autoridades y docentes ha estado presente en las diferentes etapas desde su nacimiento, adoptando posturas claras, científicas y críticas.

Dentro de la misión de la universidad está la de transformar la sociedad a través de la investigación, la docencia y la proyección social; promueve la paz,

la justicia y la solidaridad con los pobres, la defensa de los derechos humanos y el bien común, como se lee en su ideario. Fue fundada en 1965 y el papel de la universidad no pasa desapercibido a pesar de su corta existencia; es un referente obligado cuando se tiene que escuchar la opinión en temas trascendentes, la que se difunde a través de los diferentes medios con que cuenta, tales como su propia editorial, revistas, informes, la radio YSUCA, entre otros órganos de difusión del pensamiento.

Durante el conflicto armado que vivió El Salvador, la UCA fue objeto de ataques, daños en sus instalaciones, detonación de bombas dentro del campus, amenazas a su personal, expulsiones del país a varios jesuitas o impedimentos para su ingreso y una permanente campaña en su contra. Altos jefes militares, a través de publicaciones en El Diario de Hoy lanzaron amenazas en contra de los jesuitas acusándolos de planificar crímenes, de adiestrar guerrilleros, de destruir las infraestructuras del país y de desprestigiar a la fuerza armada.

A finales de octubre de 1989, todavía en el fragor de la guerra civil que azotó el país (1980-1992), dinamitaron las instalaciones de la Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadores Salvadoreños, en la que murieron 10 personas, incluida su secretaria general. El rector de la UCA Ignacio Ellacuría, que se encontraba en España recibiendo un premio por el trabajo en favor de los Derechos Humanos y participando en otras actividades académicas en Salamanca, fue llamado de urgencia por el presidente de la República Alfredo Félix Cristiani² por medio de su ministro de la Presidencia, para integrar una comisión que debía investigar tales atentados.

El día 11 de noviembre del mismo año, el movimiento guerrillero Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, FMLN, lanzó una ofensiva de grandes proporciones en la ciudad capital, amenazando seriamente los puestos neurálgicos de la fuerza armada. En respuesta, ésta bombardeó con artillería pesada desde helicópteros a comunidades completas y también la Universidad de El Salvador. Se implementó un toque de queda a las seis de la tarde y la ciudad se convirtió en campo de batalla.

² Alfredo Félix Cristiani fue el primer presidente del partido de derecha Alianza Republicana Nacionalista, ARENA, durante el período 1989-1994.

Para efectos de organización, el alto mando del ejército creó un Comando de Seguridad, encargado de proteger las zonas aledañas al Estado Mayor, que comprendía las áreas geográficas de la Escuela Militar, el Ministerio de Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia, la residencia del Embajador de los Estados Unidos de Norteamérica, dos colonias en la que residen muchos militares, y una parte del municipio de Antiguo Cuscatlán, dentro del cual se encuentra la UCA. Se nombró al frente de dicho comando de seguridad al director de la Escuela Militar, coronel Guillermo Benavides, con quien, los miembros del Estado Mayor estuvieron en constante comunicación y le asignaron varias misiones relacionadas con la UCA. Alrededor de ésta y desde antes de los hechos se formaron tres anillos concéntricos integrados por militares pertenecientes a distintas unidades del ejército que permanecieron durante el día y la noche; la más cercana unidad estaba ubicada precisamente en sus contornos perimetrales. Tal como lo explicó detenidamente dentro del proceso penal un perito militar argentino –coronel José Luis García– en tales condiciones era casi imposible que una tropa se desplazara por la zona, burlando los tres anillos e ingresara a la universidad; para ello se requiere, sostuvo el perito, que exista una debida coordinación y permanente comunicación para evitar enfrentamientos entre el mismo bando, sobre todo en tiempos de guerra en que es usual que la misma guerrilla utilice uniformes del ejército. Esta explicación, aunque parece básica, resultó necesaria para descartar una de tanta tesis descabellada formuladas por los militares de alto rango: que una tropa de manera aislada y sin el respaldo ni comunicación con nadie se movilizó hacia la universidad a cometer la masacre.

Por otro lado, a pesar que los asesinos permanecieron más de dos horas dentro de la universidad, en la que simularon un tiroteo o enfrentamiento, utilizaron armas de grueso calibre, ametralladoras, granadas, detonaron bombas y lanzaron luces de bengala con las que causaron muerte y destrucción, todo a pocas cuadras de la Escuela Militar y del Estado Mayor de la Fuerza Armada, muchos jefes militares, sin ruborizarse, sostuvieron que no escucharon nada al respecto y que la noticia de los asesinatos de los jesuitas la conocieron el día siguiente en el noticiero matutino de la televisión. De la misma manera, cuando el juez solicitó los libros de registro de la Escuela Militar, en especial los de entradas y salidas de la institución, se informó que siguiendo la costumbre habían sido incinerados al final de 1989. Puedo enumerar muchísimas versiones ridículas sostenidas por los militares, en las que prefieren aparecer como un ejército mediocre, inútil, desorganizado e inepto, antes de contribuir al esclarecimiento de los crímenes.

El coronel Benavides recibió directamente del jefe del Estado Mayor dos instrucciones precisas y en diferentes momentos. La primera, verificar la presencia de Ellacuría a su llegada a la universidad y el cateo en la residencia de los sacerdotes en las mismas instalaciones, ambas el día 13 de noviembre; y la segunda, la masacre cometida la madrugada del 16 del mismo mes.

En efecto, la tarde del 13 de noviembre de 1989 aterrizó Ellacuría procedente de España y al llegar al campus –en cuyo interior se encontraba las residencias de varios jesuitas– el vehículo fue retenido por un grupo de militares, quienes identificaron y reconocieron al rector. Esa noche, el jefe del Estado Mayor, con el aval del ministro de la Defensa y a su vez, con la autorización del presidente de la República, como su comandante en jefe, se practicó un registro o cateo en las instalaciones de la UCA, específicamente en la residencia de los jesuitas. El registro fue realizado por un grupo de militares dirigidos por el teniente Ricardo Espinoza Guerra, perteneciente al Batallón Atlacatl, el cual estaba adiestrado para ataques letales contra los insurgentes. En declaración judicial, el presidente Cristiani admitió haber avalado el registro, debido a que, según información proporcionada, dentro del campus había armas y guerrilleros, pero con el cateo se demostró la ausencia de ello.

El día 15 de noviembre después de las seis de la tarde, en las instalaciones del Estado Mayor y durante una reunión entre los altos mandos, llamaron al coronel Benavides y le ordenaron dar muerte a Ellacuría, sin dejar testigos. Además, le instruyeron utilizar el mismo grupo que practicó el registro el día 13. Posteriormente, cerca de la medianoche de ese día en la sede de la Escuela Militar, Benavides transmitió la orden al teniente Espinoza Guerra en presencia de otros oficiales.

La Escuela Militar estaba ubicada a pocas cuadras de la UCA, hasta donde se desplazaron los asesinos en vehículos militares. Los asesinatos fueron cometidos con lujo de barbarie y los dictámenes forenses describieron un escenario espantoso. Cuatro sacerdotes –Amando López, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes e Ignacio Ellacuría– fueron obligados a tirarse boca abajo sobre la grama del patio contiguo a sus residencias y procedieron a su ejecución destrozando la masa encefálica de casi todos, contra quienes dispararon indiscriminadamente. Los militares simularon un enfrentamiento, ametrallaron bienes, destruyeron edificios y mobiliario del Centro de Reflexión Teológica, vehículos y otras cosas;

al reverso de un cartel que estaba en uno de los portones de ingreso a la universidad en el que se anunciaba la suspensión de clases, los asesinos escribieron un mensaje que decía "El FMLN hizo un ajusticiamiento a los orejas contrarios. Vencer o morir. FMLN" y tal como lo habían acordado, al finalizar el operativo lanzaron una luz de bengala en señal de que la misión estaba cumplida y había que retirarse de la universidad.

III. LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES Y SUS LÍMITES

En un primer momento el gobierno de turno negó toda participación del ejército y culpó a la guerrilla. Esta tesis a todas luces era poco creíble y fue desvanecida a las pocas horas. A pesar de ello, las autoridades encargadas de investigar los hechos no dieron señales claras en ese sentido, y no actuaron sino hasta que la comunidad internacional ejerció su influencia y exigió el esclarecimiento.

Desde las instancias castrenses se creó una Comisión de Honor, integrada por cinco militares y dos civiles. Dicha comisión recibió testimonios y recabó información, hasta que el 9 de enero de 1990 fueron presentados ante el juez y los medios de comunicación a 8 acusados, el de mayor rango era el coronel Guillermo Benavides y el de menor rango el soldado Sierra Ascencio, todos puesto a disposición judicial, excepto uno de los soldados que huyó.

La investigación extrajudicial estuvo a cargo de la Comisión Investigadora de Hechos Delictivos, una entidad que nació a mediados de la década de los ochentas especialmente para investigar los crímenes más graves cometidos por los bandos en contienda. Fue creada con la asistencia de los Estados Unidos. Dicha Comisión jugó un papel mediocre en la investigación inicial del caso jesuita. No se interesó en indagar la organización, la cadena de mando, la ubicación de tropas ni los movimientos realizados en la zona del comando de seguridad, antes, durante y después de los hechos. No siguió pistas evidentes que desde el principio apuntaban hacia el Estado Mayor de la Fuerza Armada. Demostró parcialidad o fue sometida a presiones por parte de los mismos implicados, pues, además, dicha comisión estuvo integrada y dirigida por miembros del ejército, cuyo director era el teniente coronel Manuel Antonio Rivas y el jefe de la Unidad de Investigaciones, el teniente José Luis Preza Rivas. Actuaron negligentemente y no se preocuparon de preservar la cadena de custodia de todos aquellos

elementos que podrían ser útiles, por ejemplo, las armas de fuego utilizadas en la escena del delito o los libros de registros de la Escuela Militar. Según declaración de un asesor militar norteamericano destacado en el Estado Mayor, el jefe de la Comisión Investigadora supo desde diciembre de 1989 que el coronel Benavides tuvo participación en los crímenes y, sin embargo, no siguió esa línea de investigación.

La información vino apareciendo a cuentagotas y la investigación estuvo marcada por la negligencia, la falta de sentido común, comportamientos absurdos, encubrimientos y obstaculización. O bien, desde las más altas jerarquías hubo instrucciones precisas para no incriminar a nadie por encima del mando del coronel Benavides. El encubrimiento si parece que obtuvo un resultado exitoso en esa fase inicial de las investigaciones.

Desde la presentación inicial de los acusados y durante todo el proceso penal, fue evidente el interés gubernamental –el presidente de la República, las fuerzas armadas, el juez y la fiscalía– en limitar la acusación a ese grupo de militares, cuidándose meticulosamente de que no apareciera ningún dato que indicara participación en los crímenes de ningún superior al coronel Benavides. Tanto es así, que, según información aparecida dentro del proceso judicial, uno de los acusados, el teniente Mendoza Vallecillos al momento de rendir su declaración extrajudicial expresó que la orden del asesinato procedía del más alto nivel militar. Sin embargo, autoridades que investigaban los hechos le obligaron a cambiar su declaración y le exigieron no mencionar ni hacer ningún señalamiento de nadie superior al coronel Benavides.

IV. EL PAPEL DEL SISTEMA JUDICIAL Y DE LA FISCALÍA GENERAL

El sistema judicial en El Salvador, como casi todos en América latina, no son confiables en general; con frecuencia son señalados de corruptos e ineficientes; sus jueces en su mayoría son influenciables y no se comportan con total independencia e imparcialidad, a pesar de ser funcionarios que conforme a la Constitución gozan de estabilidad en sus cargos de manera vitalicia y no pueden ser removidos, sino por causas legales y mediante un proceso previo. La Corte Suprema de Justicia es la encargada de nombrar y destituir a los miembros de

la carrera judicial. Una de las críticas a este sistema de nombramientos es que muchos jueces tienden a guardar un cierto temor reverencial hacia sus electores. El Consejo Nacional de la Judicatura, es un ente independiente administrativo, funcional y económicamente, encargado de capacitar a jueces, evaluar su desempeño y de proponer ternas sobre las cuales la Corte Suprema debe nombrar en las plazas vacantes.

El presidente de la Corte Suprema de Justicia durante la tramitación del proceso penal contra los militares acusados de la masacre de la UCA, era Mauricio Gutiérrez Castro, uno de los fundadores del derechista partido Alianza Republicana Nacionalista, ARENA, el cual estaba en el gobierno presidido por el presidente Cristiani. Desde un inicio apoyó logísticamente al Juez penal que tramitó el proceso. El juez Ricardo Zamora es miembro de la carrera judicial desde hace muchos años y ha escalado en diferentes instancias. Durante la tramitación del caso mantuvo una actitud objetiva y guardó las formas procesales. Aunque el sistema imperante en la época permitía al juez la atribución de ordenar diligencias y practicar investigaciones de oficio, nunca pareció interesado en profundizar en las indagaciones acerca de la participación criminal de otros en categoría superior al coronel Benavides. Es decir, se limitó a juzgar a los acusados definidos desde las pesquisas preliminares, salvo un par de imputaciones surgidas en el transcurso del proceso, una dirigida contra un testigo por rendir declaración falsa y la otra, contra el Sub director de la Escuela Militar, por el delito de encubrimiento.

En abril de 1989 en el momento que atendía la luz roja de un semáforo, fue asesinado el Fiscal General de la República Roberto García Alvarado, en una acción instantánea que no permitió la reacción de los miembros de su seguridad; un guerrillero colocó una bomba en el techo de su vehículo y destrozó su cabeza. La Asamblea Legislativa nombró a Mauricio Eduardo Colorado como fiscal general para concluir el período del fallecido.

La Unidad de Derechos Humanos de la fiscalía en 1989 estaba recién creada y se ocupaba de casos de mayor trascendencia en el país. Investigaba crímenes cometidos tanto por el ejército como por el grupo guerrillero; por tal motivo, la masacre de la UCA estaba a cargo de la misma. La unidad era pequeña, de no más de 10 fiscales, pero fue considerada internamente como de mucha confianza y cercanía al titular de la institución. El nuevo fiscal general era un funcionario

atípico, pues a pesar de su condición de funcionario civil, era apasionado del uso de armas de fuego y era frecuente que apareciera en las oficinas portando una escopeta en sus hombros; al parecer tenía alguna instrucción o capacitación militar. A propósito del caso jesuita, desde la primera reunión el nuevo fiscal general dio instrucciones precisas: no participar activamente y delegar en el juez el peso de las investigaciones. Expresaba su preocupación de que los fiscales fuésemos víctimas de atentados a nuestras vidas, y lo recalca gráfica y metafóricamente: "no son pollos los acusados, son coroneles y esos no perdonan".

En 1990 al vencer el mandato del anterior, la Asamblea Legislativa nombró a Roberto Mendoza Jerez como nuevo fiscal general. Una de sus primeras reuniones fue con los fiscales de la Unidad de Derechos Humanos para actualizarle de todos los casos, y en particular del caso jesuita. Sobre este último ordenó que continuáramos con la poca participación dentro del proceso judicial. También dio instrucciones para no presentar ningún tipo de escritos al juez, sin la anuencia del fiscal general adjunto; precisó también no pedir detenciones en contra de nadie más ni profundizar en las indagaciones.

La mayoría de fiscales se sentían frustrados, pues por un lado recibimos amenazas a muerte mediante panfletos anónimos que encontramos en las inmediaciones de la fiscalía, dirigidas especialmente a los fiscales del caso jesuita. Por otro lado, no teníamos protección física, y, desde luego, la policía no estaba dispuesta a brindar seguridad; además, a petición de algunos fiscales se hicieron gestiones ante la Embajada de los Estados Unidos para contar con la garantía del otorgamiento de exilio en caso de grave peligro; sin embargo, dicha representación diplomática negó cualquier tipo de apoyo; para finalizar, el fiscal general daba instrucciones en sentido contrario al papel esperado de una acusación estatal. Tales situaciones desanimaron a casi todos los fiscales, y aunque formalmente continuaban como sujetos procesales, en la práctica no participaban en el marco del proceso penal, excepto Henry Campos y mi persona. Eventualmente se unía a la preparación del caso, el jefe de la Unidad de Derechos Humanos, Eduardo Pineda Valenzuela. Este último sufría dilemas existenciales angustiantes, algunos días estaba aterrorizado de acusar militares en un caso de esta magnitud y se preocupaba mucho por su familia; otro día, aparecía con nuevos brillos, animando a profundizar en el caso a costa de nuestras propias vidas. Este episodio de su vida tuvo un final infeliz, Pineda Valenzuela fue asesinado después del juicio.

Un funcionario de la embajada de los Estados Unidos nos comunicó a Henry Campos y a mí, que, según la sección de inteligencia de dicha representación diplomática, el FMLN tenía planes de asesinarlos a ambos por nuestra participación en el caso jesuita. Después de pensar cuál sería el siguiente paso en esta carrera temeraria en busca de la justicia, acudimos al arzobispado de San Salvador y fuimos recibidos por el obispo auxiliar Gregorio Rosa Chávez, quien ofreció apoyo para indagar la situación precisamente ante la comandancia guerrillera, con sede y en exilio en la ciudad de México. Al siguiente día recibimos un correo grama suscrito por el jefe guerrillero en el que negó cualquier intento de frenar las investigaciones del caso. Más tarde, ocurrió otro incidente. Mientras estaba en el despacho del fiscal general, éste recibió una llamada telefónica del coronel Ponce, entonces jefe del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada y le recriminó por la publicación en un periódico y en la portada de ese día, sobre las posibles implicaciones de la cúpula del ejército; dichas declaraciones en efecto fueron brindadas el día anterior por Henry Campos y mi persona. El fiscal general, en un acto de penosa sumisión pidió disculpas al coronel y explicó que no eran declaraciones respaldadas por la institución, sino que obedecían a imprudencias de los fiscales del caso.

La acumulación de tanta apariencia y deshonestidad en el caso por parte del fiscal general, la desidia en investigar la masacre, la prohibición a dar detalles de los avances ante los medios de comunicación, la designación de otros casos para distraer nuestra atención, la falta de apoyo al trabajo modesto que el aparato estatal nos permitía realizar y sobre todo por el descubrimiento de la sumisión y obediencia precisamente frente a uno de los probables implicados como autores intelectuales, nos obligó a capitular. Henry Campos y mi persona presentamos nuestra renuncia, la que no fue inicialmente aceptada por el fiscal general. Ofreció dejarnos en libertad de actuar, pero pocos días después, volvió a comportarse como un verdadero obstructor de las investigaciones.

En vista de lo anterior, el día 8 de enero de 1991, decidimos interponer nuestra renuncia irrevocable de la fiscalía general. El retiro de la institución estuvo acompañado de una conferencia de prensa en la que expusimos con toda claridad las razones. A los pocos días, el provincial de los jesuitas para Centroamérica, José María Tojeira nos ofreció trabajar como acusadores particulares, en representación directa de los familiares de las víctimas asesinadas. Así fue. En mayo del mismo año, comparecimos en esa calidad. En nuestro sistema, el

fiscal representa los intereses del Estado y de la sociedad, pero además permite la figura del acusador o querellante adhesivo, quien representa directa y exclusivamente a las víctimas. De manera que no existe incompatibilidad legal ni ética intervenir primero como fiscal y posteriormente como un acusador particular.

V. EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO Y SUS FASES

A partir de abril de 1998 se produjo una profunda transformación de la justicia penal en El Salvador y se implementó un sistema acusatorio mixto, con roles bien definidos: el fiscal investiga y el juez juzga; se introducen el sistema de audiencias públicas: audiencia inicial, audiencia preliminar y audiencia del juicio, a cargo de jueces de paz, de instrucción y de sentencia, respectivamente. Se crea la figura del juez de vigilancia penitenciaria y los jueces muy excepcionalmente ordenan de oficio la práctica de alguna prueba.

Sin embargo, el proceso penal aplicable al caso jesuita estaba diseñado de conformidad con lo previsto en las leyes procesales penales de 1974, con predominio y características de un sistema inquisitivo, en el cual prevalecía lo escrito, poco garantista, el juez delegaba funciones jurisdiccionales en sus colaboradores, tales como el examen de testigos, víctimas, imputados, etc. No estaban bien definidos los roles del juez y fiscal, pues ambos tenían facultades para iniciar indagaciones y practicar actuaciones de oficio. El juez participaba desde el inicio de las averiguaciones, acudía a la escena del crimen, examinaba testigos, practicaba inspecciones y ordenaba experticias. En otras palabras, el proceso se iniciaba por medio de denuncia, acusación o de oficio. En este último supuesto, procedía cada vez que tuviere noticias de haberse cometido un delito de acción pública. También los órganos auxiliares de la administración de justicia (la policía) contaban con facultades para comenzar y practicar investigaciones preliminares. El fiscal también tenía la obligación de comenzar investigaciones y promover la acción penal, salvo cuando el proceso fue iniciado por el propio juzgador.

El proceso se integraba de dos fases concentradas en el mismo juez de primera instancia: la primera, de instrucción y la segunda, denominada plenaria. Al clausurar la fase de instrucción, el juez podía dictar sobreseimiento o emitir auto de apertura del plenario. Durante la instrucción se recababan todas las pruebas y el juicio o vista pública se reducía a la lectura tediosa de las actas que las

contenían y a continuación se procedía a los alegatos de las partes procesales: acusador, fiscal y defensor. Luego de estas intervenciones, el jurado procedía a deliberar y emitía el veredicto.

Según la ley de la época, la mayoría de procesos penales por delitos se decidían por un tribunal del jurado, integrado por ciudadanos a quienes únicamente se les exigía ser salvadoreños, mayor de veintiún años de edad, estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos, saber leer y escribir, tener buena conducta y ejercer una profesión, arte, oficio u ocupación conocida. El tribunal del jurado se integraba por cinco miembros, seleccionados de un conjunto de listas que permanecían bajo custodia del juez; cada una de las listas contenía doce nombres de personas de la localidad; al inicio de cada año se integraban las referidas listas y en fechas cercanas al juicio, en un acto procesal y en presencia de los sujetos procesales, el defensor extraía una lista, cuyos nombres y direcciones estaban ocultas. Se citaban a todos y antes del inicio de la vista pública se procedía a la selección hasta nombrar cinco propietarios y el resto suplentes, pudiendo cada una de las partes procesales recusar aquellos que no cumplían los requisitos, tenían alguna prohibición o incompatibilidad.

Durante la fase de instrucción se produjo una intensa actividad, debido a la cantidad de información que se pudo obtener: testigos, peritos, informes, inspecciones, etc.

Inmediatamente que los acusados fueron llevados ante el juez, toda la maquinaria estatal se puso en movimiento para, entre otros aspectos: a) respaldar a los señalados como imputados. Estas manifestaciones de apoyo no sólo se advirtió cuando insistían que los acusados fueron hombres que defendieron al país, sino que se les mantuvo durante todo el proceso en su condición de alta militar conservando sus rangos y compareciendo a las audiencias vestidos con sus uniformes e insignias, incluso en el acto del juicio final; b) destruyeron el libro de entradas y salidas de la Escuela Militar que con seguridad contenía los reportes de las diferentes acciones en las fechas claves, antes, durante y después de los crímenes; c) los testigos militares que aparecieron mencionados en las diligencias extrajudiciales, negaron todo: no sabían nada, no escucharon nada, no vieron a nadie. Sus mentiras fueron sistemáticas y controladas por los mismos agentes del Estado, o con la aquiescencia de las altas esferas del ejército; d) desviar las investigaciones y generar un fraude procesal, puesto que algunas de las armas

utilizadas fueron alteradas en sus cañones después de los atentados. Así mismo, del almacén de la Escuela Militar se prestaron a los soldados un arma AK-47 para ser utilizada en la masacre, con el fin de confundir las investigaciones, pues ese tipo de armas era las que usualmente usaba la guerrilla.

El caso jesuita fue decidido un tribunal del jurado integrado por tres hombres y dos mujeres propietarios, entre quienes estaban dos estudiantes, una empleada, una con oficios del hogar y un obrero, todos de apariencia sencilla. La vista pública comenzó el veintiséis de septiembre de 1991 y culminó tres días después. El jurado tras escuchar los debates deliberó durante más de cuatro horas y respondieron 80 preguntas, según la fórmula utilizada ¿tiene el jurado la íntima convicción que el imputado es culpable? Y la respuesta se limitaba a escribir "sí" o "no". La votación del jurado se hacía secreta entre ellos mismos, de acuerdo a disposiciones legales vigentes en el momento. A los procesados se les juzgaba por delitos de asesinato y por actos de terrorismo. Las preguntas se hicieron por separado, como lo ordenaba la ley: una pregunta por cada delito y por cada implicado.

El veredicto resultó inexplicable: condenaron al coronel Benavides por todos los delitos y al teniente Yushy René Mendoza Vallecillos lo condenaron únicamente por el delito de asesinato en la joven Celina Ramos. El resto de acusados, incluidos quienes confesaron extrajudicialmente los crímenes fueron absueltos y puestos inmediatamente en libertad.

Varios meses después, ya en 1992, el mismo juez Zamora dictó la sentencia definitiva basada en los veredictos. Impuso la pena máxima de treinta años de prisión a cada uno de los condenados.

VI. LA AMNISTÍA GENERAL COMO UNA REACCIÓN AL INFORME DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD

El asesinato de los jesuitas de la UCA, la cocinera y su hija, aceleró el proceso de finalización de la guerra y negociación de la paz, la cual había iniciado algunos años antes sin resultados positivos. Una comisión del gobierno y una de la guerrilla, con la mediación de la ONU y el apoyo de países amigos (Colombia, México, España y Venezuela) pusieron fin a la guerra. Acordaron introducir

reformas constitucionales relacionadas con la fuerza armada, el sistema judicial, la creación de la Policía Nacional Civil y la Procuraduría para la Defensa de Derechos Humanos, entre las más relevantes. También acordaron, para lo que aquí nos interesa, la creación de una Comisión de la Verdad, nombrada por el Secretario General de la ONU y cuya misión era la de investigar los hechos más relevantes ocurridos desde 1980 hasta enero de 1992. Esta comisión estuvo integrada por el ex presidente de Colombia Belisario Betancur, el ex canciller venezolano Reinaldo Figueredo y el ex juez norteamericano Thomas Buergenthal.

El 16 de enero de 1992, en un acto emotivo celebrado en el Castillo de Chapultepec, México, se firmaron los Acuerdos de Paz. Ese mismo mes, se aprobó por la Asamblea Legislativa la Ley de Reconciliación Nacional, inspirada en la nueva convivencia de respeto mutuo originado por la suscripción de tales acuerdos. Dicha ley concedía amnistía a favor de todos aquellos que hubieren participado en delitos políticos, delitos comunes conexos con políticos o delitos comunes en los que participaron más de veinte personas. No obstante, el artículo 6 de la referida ley, contemplaba como excepción del beneficio a las personas que según el informe de la Comisión de la Verdad fueren señaladas de haber participado en graves hechos de violencia, *“cuya huella sobre la sociedad, reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, independientemente del sector a que pertenecieren en su caso. Así mismo, no se aplicará esta gracia a los que hubieren sido condenados por el Tribunal del Jurado por cualquiera de los delitos cubiertos por esta amnistía”*.

En marzo de 1993, la Comisión de la Verdad hizo público su informe “De la locura a la esperanza: la guerra de los doce años en El Salvador”, en el que reveló los nombres de víctimas y posibles victimarios. Desde el asesinato de monseñor Oscar Arnulfo Romero en 1980 hasta la masacre de la UCA en 1989, se identificaron 32 casos cometidos por ambos bandos, que representaron una muestra sobre los patrones de comportamiento cruel durante el conflicto armado. Desde luego, en ese informe aparecen mencionados como autores de la masacre de la UCA, tanto los sometidos al proceso judicial como los miembros del alto mando que instigaron a la comisión de los delitos.

El informe dedicó duras críticas al sistema judicial y afirmó que debido a su inoperancia se extendieron por todo el país las graves violaciones a los derechos humanos; aseguró que el órgano judicial estuvo ausente y no asumió el rol que

le correspondía dentro de la sociedad. Terminó recomendando la renuncia de todos los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la época por carecer de capacidad para emprender el cambio para una nueva sociedad. El presidente de la Corte Suprema Gutiérrez Castro salió airado ante los medios de comunicación atacando el contenido del informe y asegurando que no renunciaría. Igualmente, el alto mando del ejército en pleno cuestionó y despreció el contenido del referido informe.

Cinco días después de conocido el informe de la Comisión de la Verdad, la Asamblea Legislativa derogó la Ley de Reconciliación Nacional y en su lugar aprobó la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. En ella, se concede una amnistía amplia, incondicional, absoluta y general a favor de todos los que directa o indirectamente hubieren cometido delitos durante el conflicto armado, ya sea como autores mediatos, inmediatos y cómplices. Los efectos del beneficio fueron: a) que los condenados automáticamente serían puestos en inmediata libertad; b) si no estuvieran detenidos, se levantarán las órdenes de captura; c) si estuvieran procesados, se decretará inmediatamente sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal; d) si no estuvieran sometidos todavía al proceso penal, serán sobreseídos inmediatamente después de ser presentados ante el juez; e) a todas las personas no comprendidas en los anteriores supuestos pero temen de ser procesadas, se presentarán ante el juez a solicitar una constancia en la que aparezca que no podrán ser detenidos ni procesados y f) la amnistía extingue en todo caso la responsabilidad civil.

Durante el tiempo de la guerra se aprobaron al menos cinco Decretos de amnistías. En todas se entendió –excepto en las dos últimas– que el motivo de conceder la “gracia” era disuadir a los guerrilleros combatientes del FMLN, para abandonar las armas e integrarse a lo que funcionarios de turno llamaban “*vida democrática*”; así, muchos pertenecientes a ese grupo armado se acogieron al beneficio, unos efectivamente para renunciar a la confrontación, y otros, lisiados de guerra, para ser conducidos a otros países y someterse a tratamientos de recuperación física.

Fue hasta el apareamiento de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993 que surgió el interés de muchos funcionarios públicos, civiles y militares, en beneficiarse o entenderse incluidos en ella.

A raíz de la anterior amnistía general, los únicos dos condenados por la masacre de la UCA obtuvieron su libertad.

De allí en adelante, el debate se trasladó a la Sala de lo Constitucional con el objeto de enjuiciar la referida ley.

A diferencia de otros sistemas en los que la acción de inconstitucionalidad está reservada para ciertos y determinados funcionarios, de acuerdo a la Constitución salvadoreña cualquier ciudadano tiene la facultad para demandar la inconstitucionalidad de una ley.

Así, en el mismo año 1993 se interpuso la primera demanda contra la ley de amnistía. La entonces Sala de lo Constitucional presidida por el también presidente de la Corte Suprema de Justicia Gutiérrez Castro, dictaminó que las amnistías son instrumentos políticos que corresponde su análisis a los órganos de la misma naturaleza, en concreto, a la Asamblea Legislativa y al Órgano Ejecutivo. En consecuencia, no puede ser enjuiciada por el tribunal constitucional. Con este argumento central se rechazó la pretensión de los demandantes y dejó intacta la vigencia de la ley.

Más tarde, a finales de los noventas, se presentó una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la ley de amnistía. Paralelamente, en el año 2000, el sacerdote José María Tojeira en su calidad de rector de la UCA presentó denuncia en contra de los autores intelectuales como miembros del alto mando durante los hechos, incluido el entonces presidente de la República Cristiani. El fiscal general emitió una decisión en la que concluyó que se abstendría de investigar a los denunciados debido a que está pendiente de decidirse ante la Sala de lo Constitucional una nueva demanda de inconstitucionalidad.

En esta nueva demanda, la Sala de lo Constitucional con una integración subjetiva diferente (2000-2009), reconoció la competencia para juzgar instrumentos de este tipo, puesto que decretar amnistía forma parte de las atribuciones constitucionales de la Asamblea Legislativa y, por ende, es posible su enjuiciamiento. Sin embargo, sostuvo el tribunal, se observó todo el proceso y las formalidades en la aprobación de la ley y, por tanto, la misma se ajustaba a la Constitución. No obstante, consideró la Sala, que los jueces ordinarios tenían la competencia para decidir en un caso concreto si él o los acusados de determinados delitos estaban comprendidos o no, dentro del beneficio.

En el año 2013, se presentaron *dos nuevas demandas*, las que fueron resueltas el 13/07/2016 y se declaró inconstitucional todo el contenido normativo, conforme a estos fundamentos jurídicos:

a) Juicio de ponderación de intereses confrontados en ley de amnistía. La Asamblea Legislativa no ponderó adecuadamente los intereses enfrentados, tales como estabilidad política del país, la reconciliación y la paz, por un lado; y por el otro, los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, al conocimiento de la verdad, mediante investigaciones serias, exhaustivas, responsables, imparciales, integrales, sistemáticas y concluyentes por parte del Estado, y a la reparación integral.

De allí que el contenido de la Ley de Amnistía *“amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos...”* y que *“extingue en todo caso la responsabilidad civil”*, es evidentemente contraria a la Constitución, a los tratados y la jurisprudencia internacionales.

b) La amnistía y los términos de los acuerdos para la paz. En los documentos que se pueden consultar sobre el proceso de negociación entre el gobierno salvadoreño y la guerrilla, no se hace mención de que la aprobación de una ley de amnistía se haya presentado como presupuesto para la finalización del conflicto. Al contrario, del texto mismo se desprende que los negociadores estuvieron en contra de semejantes beneficios al dejar establecido en el Capítulo I (punto 5) *“Superación de la Impunidad”*³.

³ Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, disponible en <http://www.derechos-humanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/informe-de-la-locura-a-la-esperanza.htm#:~:text=La%20Comisi%C3%B3n%20de%20la%20Verdad%20para%20El%20Salvador%20surge%20de,De%20la%20Locura%20a%20la>, pág. 203.

“Se conoce la necesidad de esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos. A tal fin, las Partes remiten la consideración y resolución de este punto a la Comisión de la Verdad. Todo ello sin perjuicio del principio, que las Partes igualmente reconocen, de que, hechos de esa naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieren sus autores, deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los 11 tribunales de justicia, a fin que se aplique a quienes resulten responsables de las sanciones contempladas por la ley”. Informe de la Comisión de la Verdad: 12 años de guerra En Salvador.

c) Contenido de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al derecho internacional humanitario. En la sentencia se sostuvo que *“estos crímenes internacionales conmocionan gravemente la conciencia moral de la humanidad y la dignidad humana a nivel universal. Son actos inhumanos de una particular gravedad que denotan un sentimiento de crueldad para con la existencia humana, un sentido de envilecimiento de la dignidad y de destrucción de los valores humanos y de los derechos fundamentales inderogables o normas del ius cogens internacional, por lo que constituyen auténticos crímenes de Estado y crímenes internacionales, ya que atentan gravemente contra el género humano. En particular, atacan contra los derechos fundamentales de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad en su conjunto, ya que se ven afectados tanto derechos individuales como derechos colectivos e intereses sociales vitales que están legítimamente protegidos en una sociedad democrática. Por naturaleza, estos crímenes son de carácter imprescriptible según el derecho internacional, por lo que no pueden oponerse medidas de orden interno, tanto legislativas como de otro carácter, que impidan la investigación, el esclarecimiento de la verdad, la aplicación de una justicia independiente, y que nieguen la justicia y la reparación integral a las víctimas, dejando en la impunidad semejantes crímenes, los cuales están sujetos en toda circunstancia a la persecución, extradición, juzgamiento y sanción penal de los responsables, por lo que no pueden ser objeto de amnistía o indulto”*⁴.

d) Imprescriptibilidad para la persecución penal

En la sentencia se considera que, tratándose de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al derecho internacional humanitario, son imprescriptibles, de acuerdo a la Convención sobre Imprescriptibilidad de tales crímenes y aunque El Salvador no ha ratificado tal Convención, la ONU ha exhortado a los Estados para que *“se abstengan de cualquier acto que esté en contradicción con los objetivos fundamentales de esa Convención”*. Además, los “Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad”, prevé la investigación, enjuiciamiento y castigo de esos hechos *“cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”*. También, la

⁴ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, Inc. 44-2013/145-2013, del 13/07/2016, disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/44-2013AC.PDF>

Asamblea General de la ONU ha afirmado que “la negativa de un Estado a cooperar con la detención, extradición y castigo de los culpables de los crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas del derecho internacional universalmente reconocidas.

Hay dos razones más para considerar que los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la guerra no han prescrito: uno, según el Protocolo II, Adicional a los Convenios de Ginebra referido a la protección de víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, –ratificado por El Salvador en el año 1978– se establece prohibiciones “*en todo tiempo y lugar*”, relativas al trato humano y a las garantías fundamentales que deben observarse en los conflictos armados internos o conflictos sin carácter internacional; y dos, que los plazos de prescripción solo podrían tener lugar cuando hayan existido posibilidades efectivas para la investigación, procesamiento, persecución y enjuiciamiento de los autores de delitos. Los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos entre 1980 y 1992 no fue factible el acceso a la justicia, dada su profunda inoperancia, como lo constató la Comisión de la Verdad y por ello, las víctimas no tuvieron la oportunidad real de ejercer, promover o requerir acciones penales ante el sistema judicial.

e) Casos excluidos de la amnistía, a partir de la sentencia

El tribunal consideró razonable dar vida a la derogada Ley de Reconciliación Nacional de 1992, y en dicha sentencia se determinaron tres categorías de delitos que no pueden ser beneficiados con una ley de amnistía y, por ende, quedan susceptibles de persecución penal:

En primer lugar, los casos identificados por la Comisión de la Verdad, que según su propia consideración responden a patrones de comportamiento delictivo de los autores y partícipes. Se trata de hechos graves cuya huella en la sociedad reclama el conocimiento público de la verdad. *En segundo lugar*, están excluidos del beneficio de la amnistía todos los demás casos que por sus características se consideren crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, que sean de igual o mayor gravedad que los identificados por la Comisión de la Verdad, que puedan ser imputados a cualquier sector y que por las mismas condiciones explicadas no se consideran prescritos. Y, *en tercer lugar*, también están excluidos

del beneficio, todos los hechos cometidos dentro de la Presidencia de Alfredo Félix Cristiani, por estar prohibidas las auto amnistías, según el artículo 244 de la Constitución.

f) Mandato a la Asamblea Legislativa derivado de la sentencia de inconstitucionalidad. La sentencia abre un nuevo escenario que requiere de una regulación complementaria que permita una transición democrática hacia la paz que respete la dignidad humana y los derechos de las víctimas, en especial el derecho de acceso a la justicia, la verdad y a la reparación integral; así también, a la garantía de no repetición de los crímenes aquí identificados.

Se ha ordenado a la Asamblea Legislativa tres cosas puntuales: *uno*, regular los medios que garanticen el acceso a la información pública sobre los hechos ocurridos durante la guerra; *dos*, disponer de los recursos suficientes para responder a las exigencias de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, para la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables; y *tres*, considerar medidas de reparación integral a las víctimas y medidas de no repetición, tomando en cuenta los parámetros de la sentencia y los estándares de la justicia transicional.

Finalmente, en la sentencia se prohíbe a la Asamblea Legislativa volver a incorporar en una eventual normativa que regule la justicia transicional, las cláusulas de una amnistía general, amplia, absoluta e incondicional; así como tampoco normas que extingan con esa misma extensión las responsabilidades penales y civiles.

A pesar que las demandas de inconstitucionalidad contra la ley de amnistía estuvieron dispuestas a invalidar los artículos 1 y 2 de la misma, la Sala de lo Constitucional acudió a la figura de inconstitucionalidad por conexión, es decir a la expulsión de oficio de disposición que, aunque no hayan sido impugnadas, se vinculan o relacionan con aquellas declaradas inconstitucionales. Esto es así por cuanto carece de sentido mantener la vigencia de disposiciones legales que tienen por objeto desarrollar otras que han sido expulsadas del ordenamiento jurídico.

Otro aspecto que vale la pena mencionar de la sentencia es que se acude a una técnica de control constitucional llamada "reviviscencia", mediante la

cual, se da vida a una ley derogada (Ley de Reconciliación Nacional de 1992) con el propósito de no dejar sin normativa relacionada al tema y para reafirmar que únicamente serán perseguibles los crímenes de lesa humanidad y de guerra constitutivos de graves violaciones al derecho internacional, tal como se sostuvo en dicha ley.

Han transcurrido cuatro años desde que la Sala de lo Constitucional expulsó del ordenamiento jurídico la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. Ello ha permitido la reapertura de muchos casos que estaban sobreesidos o simplemente archivados; se han abierto procesos de investigación sobre crímenes cometidos por ambos bandos. Ahora, estos bandos forman la clase política integrada por el partido de derecha ARENA y el partido de izquierda FMLN. La primera gobernó el país desde 1989 hasta 2009; el segundo, del 2009 hasta el 2019. Actualmente está en el poder un tercer partido Gran Alianza por la Unidad Nacional GANA, integrado por disidentes, expulsados o desertores de aquellos dos.

Seguramente para un lector externo saltará la pregunta qué tienen que ver los gobiernos en la investigación de los crímenes. El Salvador no tiene una justicia totalmente independiente de la clase política. Históricamente los políticos han ejercido mucha influencia en el órgano judicial. Formé parte como juez de la Sala de lo Constitucional durante 9 años y ello me autoriza a hacer tales afirmaciones. Ese carácter independiente que demostramos durante ese período provocó fuertes tensiones institucionales, las cuales son impertinentes relatar en el presente artículo.

En 2017, a un año de expulsada del ordenamiento jurídico la ley de amnistía, convocamos a una audiencia pública de seguimiento, con el propósito de verificar los niveles de cumplimiento de la misma. El presidente de la Asamblea Legislativa y el apoderado del presidente de la República afirmaron que literalmente no habían realizado absolutamente nada respecto a los efectos de la citada sentencia. No existía ningún proyecto de ley de justicia transicional ni ley de reconciliación; el fiscal general anunció la creación de una unidad especializada para encargarse de investigar los crímenes sobre los cuales tendría impacto la inconstitucionalidad de la amnistía.

Al año siguiente, 2018, convocamos a una segunda audiencia pública de seguimiento o ejecución del fallo. En esa oportunidad, el presidente de la Asamblea

Legislativa sostuvo que el único avance era la creación de una comisión de diputados, quienes se encargarían de estudiar la sentencia y proponer un proyecto de ley. Las víctimas, quienes estaban presentes en la audiencia cuestionaron a los integrantes de la comisión de diputados, puesto que las fracciones parlamentarias designaron como representantes a personas que directa o indirectamente y en bandos contrarios participaron en la guerra. El presidente de la República por medio de sus apoderados sostuvo que el único avance consistía en la creación de una comisión de derechos humanos y en el nombramiento de la jefa de dicha comisión.

Con lo anterior, lo que pretendo es evidenciar es que los partidos políticos mayoritarios –ARENA y FMLN– no están dispuestos a aprobar una ley que permita el enjuiciamiento de sus respectivos correligionarios o miembros de los partidos, con lo cual, es muy poco el avance en el exacto cumplimiento de la sentencia.

En febrero 2020, la Asamblea Legislativa, al filo del plazo otorgado por la Sala de lo Constitucional para legislar, aprobó una Ley de Justicia Transicional, Reparación y Reconciliación Nacional. Esa ley obtuvo escasamente el respaldo mínimo para ser aprobada (44 votos de 84 diputados). El presidente de la República vetó la ley por considerarla que no se ajusta a los parámetros de la sentencia de la Sala. En seguimiento de lo contemplado en la Constitución devolvió la ley a la Asamblea y ahora se requieren 56 votos para superar el veto, lo cual se plantea difícil de alcanzar. En otras palabras, la sentencia continuará sin cumplimiento. Los políticos se resisten a escuchar a las víctimas y el Instituto de Derechos Humanos de la UCA ha presentado a la Asamblea unos lineamientos que podrían orientar a la construcción de una ley que permita alcanzar los objetivos trazados en la sentencia. Sin embargo, todo parece que la clase política continuará con su resistencia de que se conozca la verdad ni que se haga justicia.

VII. LOS INTENTOS POR JUZGAR A LOS AUTORES INTELECTUALES DENTRO Y FUERA DEL PAÍS

La UCA no ha descansado en su intento por sentar en el banquillo de los acusados a los autores intelectuales de la masacre, incluido el ex presidente Cristiani. El fiscal general a regañadientes presentó un requerimiento en el que terminó

solicitando sobreseimiento. El juez de paz en efecto, decretó sobreseimiento definitivo debido a que la acción penal había prescrito.

La sentencia que declaró inconstitucional la ley de amnistía ha producido dos efectos inmediatos en el caso jesuita. Por un lado, uno de los condenados, el coronel Benavides, volvió a prisión a cumplir la pena impuesta. El otro condenado Yushy René Mendoza Vallecillos reside fuera del país. También, la referida sentencia habilitó a la UCA acudir ante el juez para solicitar que deje sin efecto el sobreseimiento definitivo decretado a favor de los señalados, pues ha quedado determinado el carácter imprescriptible de los crímenes de lesa humanidad, dentro de los que se inserta la masacre de la UCA. El juez accedió a la solicitud y reabrió el proceso penal. Sin embargo, la defensa ha presentado recursos contra la decisión de reapertura y ha recusado a algunos jueces para decidir sobre el caso, los cuales están todavía en trámite.

Por otro lado, la Asociación Pro Derechos Humanos de España, representada por Manuel Ollé y el Centro de Justicia y Responsabilidad, radicada en California, Estados Unidos representada por Almudena Bernabéu, respectivamente, promovieron un proceso penal ante la Audiencia Nacional de Madrid en contra de los que ya fueron juzgados en El Salvador y de los siguientes altos mandos militares: René Emilio Ponce, quien fungió durante los hechos como jefe del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada; Juan Rafael Bustillo, quien fue comandante de la fuerza aérea salvadoreña; Juan Orlando Zepeda, ministro de la Defensa Nacional; Inocente Orlando Montano, quien fue vice ministro de Seguridad Pública; Francisco Elena Fuentes, jefe de la Primera Brigada de Infantería. El juez instructor emitió órdenes de captura internacional en 2012 en contra de los mencionados jefes militares. Inmediatamente los implicados se refugiaron en un cuartel de San Salvador, amparados por el Ministro de Defensa y por supuesto también por el primer presidente de izquierdas bajo la bandera del partido político FMLN, Mauricio Funes.

Tal como se ha dicho, conforme a la Constitución, la atribución para conocer y decidir los casos de extradición corresponde a la Corte Suprema de Justicia, la que determinó denegar la extradición de los militares y dispuso que no debía cumplirse dentro de El Salvador la orden de captura internacional girada por Madrid. En esencia, la razón para denegar la extradición radicó en que la disposición original de la Constitución vigente desde 1983 prohibía expresamente la extradición de nacionales. Fue hasta el año 2000 que se introdujo la refor-

ma constitucional a partir de la cual está permitido extraditar salvadoreños bajo ciertos supuestos: que lo autorice un tratado, que se observe reciprocidad y se otorgue todas las garantías penales y procesales reconocidas en la misma Constitución. Así, sostuvo la Corte Suprema, en vista que los hechos por los que se pretende la extradición sucedieron en 1989 en ese entonces estaba prohibido extraditar salvadoreños, por un lado; por el otro, la posibilidad de aplicación retroactiva es viable únicamente cuando la nueva ley es favorable al delincuente.

Por otro lado, uno de los supuestos responsables del alto mando de aquella época, el coronel Inocente Orlando Montano, entonces vice Ministro de Defensa, fue detenido en los Estados Unidos y extraditado hacia España. Mientras escribo este artículo, se desarrolla el juicio en la Sala Penal de la Audiencia Nacional de Madrid con la presencia del coronel Montano.

El recorrido de 30 años buscando justicia en los tribunales nacionales, regionales e internacionales ha sido arduo. Si el Estado y sus funcionarios se hubieran comportado de manera decente desde el primer momento, todos los implicados hoy estarían obteniendo su libertad por cumplimiento de la pena y la dignificación de las víctimas estaría en mejores condiciones. Sin embargo, eso no sucedió y la masacre de la UCA todavía sigue oscilando entre la justicia y la impunidad.

CONCLUSIONES

1. El asesinato de los jesuitas de la UCA fue la culminación de una serie de amenazas y atentados que se originaron desde la década de los años setentas del siglo pasado, a causa de las opiniones y críticas a la clase económica y política poderosa en el país por las injusticias que cometen; y por el respaldo y acompañamiento a los pobres en la defensa de los derechos humanos.

2. El crimen fue planificado por los altos jefes militares y luego comunicado al presidente de la República sin que hiciera nada para evitarlo. Aprovecharon el momento en que la guerrilla realizaba ataques en la ciudad capital y el ejército temía perder el control del poder.

3. La investigación de la masacre estuvo bajo el control y la dirección de los jefes militares y civiles, a modo de asegurar que las pruebas no estuvieran

dirigidas a incriminar a nadie más por encima del coronel Benavides. Para ello, influyeron en testigos que se comportaron de manera desleal con la justicia, destruyeron registros, alteraron informes, obstaculizaron las investigaciones.

4. La impunidad en el caso jesuita es el reflejo de la impunidad generalizada en El Salvador. Con ella se demuestra la incapacidad estatal para el funcionamiento adecuado de las instituciones, a pesar de la autoridad que tiene en el mundo la Compañía de Jesús y de las fuertes presiones de la comunidad internacional.

5. Los diferentes gobiernos de las distintas tendencias ideológicas –derecha e izquierda– no han demostrado en estos 30 años un honesto y sincero interés en contribuir al esclarecimiento de los crímenes ni en prestar la debida colaboración. Al contrario, se puede advertir que la fuerza armada continúa ejerciendo el máximo poder, a pesar del mandato constitucional que la cataloga como una institución obediente, profesional, apolítica y no deliberante.

6. El actual gobierno, que se autoproclama diferente a los anteriores, se comporta exactamente igual en materia de protección a víctimas, exhibe su negativa de proporcionar información de los archivos militares y una exaltación al ejército resucitando épocas que se creían ya superadas.

7. Los jefes militares continuarán libres en El Salvador que les protege de la acción de la justicia y aunque se emprendan o continúen las luchas judiciales, cuando analizo el contexto soy pesimista en cuanto a la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar los responsables del más alto nivel.

HACIA UNA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ELECTRÓNICA EN IBEROAMÉRICA: PROPUESTAS A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Federico Bueno de Mata

Profesor Titular de Derecho Procesal (Universidad de Salamanca)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: LA CARTA IBEROMERICANA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO COMO PUNTO DE PARTIDA. II. EL PODER PÚBLICO ELECTRÓNICO: EL GERMEN DE LA E-JUSTICIA. 1. Concepto. 2. Características y fases de implantación. III. HACIA UNA JUSTICIA 2.0: CONCEPTO Y FASES. IV. EXPERIENCIAS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO. V. ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL ELECTRÓNICA. 1. La Ley 18/2011 como ley marco para su reflejo en normativas iberoamericanas. 2. El desarrollo posterior de la Ley 18/2011: referencias a las últimas reformas del año 2015. VI. REFLEXIONES FINALES.

El presente artículo se encuentra dedicado a la trayectoria del Profesor José Martín Ostos, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN: LA CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO COMO PUNTO DE PARTIDA

El 1 de junio de 2007 los países iberoamericanos tomaron conciencia de la necesidad perentoria que suponía incorporar las TICs a la Administración de Justicia a través de la firma de la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. Se apuesta así por el uso público de las tecnologías como forma de desarrollo cultural y lingüístico de Iberoamérica con una serie de finalidades y objetivos concretos al tiempo que se conceptualizan términos que pueden ser aplicados de manera global y se vislumbra en las TICs un mecanismo para luchar contra las desigualdades sociales. Con todo ello se apuesta por intentar reducir el

fenómeno de la “brecha digital” en el mundo, a través de una capacitación tanto de los ciudadanos y de todos los operadores públicos implicados a través de la inversión de capital y del cumplimiento de unos objetivos mínimos.

La reunión tuvo lugar en la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en Pucón Chile, y tal y como recoge el preámbulo de la carta “renovaron su compromiso con la Reforma del Estado, el fortalecimiento de sus instituciones públicas y la modernización de sus mecanismos de gestión, teniendo en cuenta que la calidad de los organismos públicos es fundamental para el desarrollo, la igualdad de oportunidades y el bienestar social”. Del mismo modo la carta es el resultado de reuniones y planes mundiales anteriores¹ en este sentido, al tiempo que fueron el germen para el desarrollo de planes no solo iberoamericanos, sino europeos y mundiales tales como el actual Plan “Horizonte 2020”.

Siguiendo el Preámbulo de la carta nos encontramos ante un objetivo final y directo consistente en “reconocer a los ciudadanos un derecho que les facilite su participación en la gestión pública y sus relaciones con las Administraciones Públicas y que contribuya también a hacer éstas más transparentes y respetuosas con el principio de igualdad, a la vez que más eficaces y eficientes”, al tiempo que se apuesta por otro objetivo más estratégico e indirecto basado en “promover la construcción de una sociedad de información y conocimiento, inclusiva, centrada en las personas y orientada al desarrollo”. Podemos así decir que los objetivos que se definen en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico van encaminados a servir como orientación para el diseño, regulación, implantación, desarrollo y mejora de modelos nacionales de gestión y tramitación electrónica en las distintas AAPP, entre las que se incluye la Administración de Justicia.

Así, desde un punto de vista de gestión procesal nos encontramos con el objetivo de modernizar la tramitación de los procesos y que puedan ser los pro-

¹ Esta Carta respeta los compromisos suscritos en la declaración y plan de acción de Johannesburgo, en el Consenso de Monterrey y en la Declaración de Principios de Ginebra, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno y las resoluciones pertinentes de otras Cumbres, en especial en lo referente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio reconociendo que las TIC están desigualmente distribuidas entre los países en desarrollo y desarrollados. Dicha carta está disponible a través del siguiente link: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf> (Fecha de consulta: 22 de marzo de 2016).

pios ciudadanos los que se relacionen con las administraciones públicas a través de la vía electrónica. Para conseguir esto todos los países deben hacer que sus administraciones sean lo más transparentes posibles con el fin de generar confianza en los administrados, que puedan participar y relacionarse activamente al tiempo que sepan cómo funciona la Administración Pública de su país, al tiempo que se eliminan los obstáculos sociales, económicos, sociales o territoriales para que cualquier ciudadano pueda relacionarse así con las AAPP.

Finalmente la carta ensalza el "rol insustituible" que le corresponde a los Estados en estas materias, por lo que finalmente será cada país quién deba invertir en modernización tecnológica de manera vehemente con para tratar así de garantizar a toda su población un nuevo derecho de acceso a la información y de relacionarse con el poder público para de este modo fortalecer la propia democracia de cada nación. Por todo ello vemos como la Carta Iberoamericana firmada por 20 países iberoamericanos entre los que también se encontraban España y Portugal, es el punto de partida a la modernización de las distintas Administraciones pero cada Estado será el que marque su propio calendario y hoja de ruta al no considerarse más que una especie de guía de buenas prácticas.

En este artículo empezaremos a definir exactamente qué se entiende por poder público electrónico para después conectarlo con la Administración de Justicia, por lo que nos detendremos en qué es la e-Justicia y las fases en las que se pueden encontrar lo distintos Estados firmantes de esta Carta, para posteriormente dedicar una referencia a los avances más destacados sobre la materia en los distintos países iberoamericanos. Dedicaremos una especial atención a España al ser junto con Brasil la legislación pionera a este respecto al impulsar varias leyes que están ahora mismo de máxima actualidad. Concretamente el gran hito sobre esta materia que cumple fielmente lo estipulado en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico es la ley 18/2011 de aplicación de TICs a la Administración de Justicia Española y que ha tenido su posterior reflejo en normas más actuales como la ley 42/2015 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española por la que se adopta una política de "papel cero". Estas y otras cuestiones serán analizadas en las próximas páginas.

II. EL PODER PÚBLICO ELECTRÓNICO: EL GERMEN DE LA E-JUSTICIA²

1. Concepto

El camino hacia la obtención de una Administración judicial electrónica constituye una tarea ardua y complicada que necesita la unión de fuerzas y sinergias por parte de todos los poderes públicos que conforman un Estado; razón por la que es completamente necesario realizar un análisis desde el punto de vista sistemático acerca del pilar en el que se sustenta esta nueva vía de administrar justicia: la figura del Poder Público Electrónico como motor generador de una nueva estructura global con la que impartir justicia³: la e-Justicia.

El uso de las tecnologías se implementa en todas las facetas de la organización gubernamental, creando así una nueva forma de administrar los servicios públicos que se cataliza a nivel conceptual bajo el nombre de Administración Electrónica o e-Administración. Por tanto, lo que se hace es proceder a utilizar las TICs en las distintas administraciones públicas, lo que lleva asociado cambios en la organización y gestión de datos públicos y al otorgamiento de nuevas aptitudes para lograr una participación efectiva de los ciudadanos ante decisiones públicas y globales. Realmente no estamos ante una nueva realidad. Los intentos para modernizar las Administraciones Públicas con el fin de mejorar la velocidad de respuesta, la accesibilidad de la información y la transparencia no son nuevos; la “automatización de la Administración Pública” es un proceso que se lleva dando desde hace varias décadas⁴.

El concepto de e-Government surge prácticamente al mismo tiempo que la irrupción de Internet como fuerza tecnológica y social a finales de la década de los 90, justamente cuando en diciembre de 1999 el Vicepresidente de los EEUU

² Este apartado se encuentra extractado de manera más resumida de lo contemplado en mi monografía BUENO DE MATA, F. Prueba electrónica y proceso 2.0, Valencia, 2014, págs. 30 y ss.

³ Vid. CÁRDENAS, E. y MAURICIO, D. “Una revisión de e-Justicia: perspectiva de desarrollo y buenas prácticas”. Una publicación electrónica disponible a través del siguiente *link* <http://eventos.spc.org.pe/jpc2007/MyReview/FILES/p27.pdf> (Fecha de consulta: 23 de marzo de 2010).

⁴ AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. “Open Data: una contribución necesaria al Gobierno Electrónico y a la Sociedad del Conocimiento”, *Ciudadanas 2020*, Chile, 2011, págs. 9-13.

Albert Gore, durante una intervención utilizó la expresión *e-Government Directive* indicando con ella que los diferentes organismos gubernamentales estarían obligados a instrumentar la aplicación de tecnologías de la información a los efectos de mejorar la atención hacia los ciudadanos. Así mismo, muchos han sido los momentos en los que este concepto se ha ido perfeccionando hasta llegar a la concepción detallada y completa que tenemos hoy en día⁵.

Después de esta primera manifestación, han sido instituciones internacionales las que han desarrollado esta idea a través de foros, reuniones científicas y la elaboración y desarrollo de textos normativos. Entre estos organismos internacionales destacan instituciones como el Banco Mundial⁶ de Naciones Unidas, la Organización para el Desarrollo Económico, el Banco Interamericano de Desarrollo y la propia Unión Europea han elaborado diversos documentos donde se pone de manifiesto la importancia del gobierno electrónico como mecanismo de acercamiento del ciudadano a la función pública.

Igualmente, en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico de 2007 se realiza una definición de lo que se debe entender por el mismo, al establecer que "A los efectos de la presente Carta Iberoamericana se entienden las expresiones de "Gobierno Electrónico" y de "Administración Electrónica" como sinónimas, ambas consideradas como el uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos. Todo ello, sin perjuicio de las denominaciones establecidas en las legislaciones nacionales". Concepto que posteriormente conecta con el de e-Participación al establecer que "En atención a que el Gobierno Electrónico se encuentra indisolublemente vinculado a la consolidación de la gobernabilidad democrática, tiene que estar

⁵ NAHABETIÁN BRUNET, L. "Gobernanza electrónica y Gobierno Electrónico: prácticas hacia la concreción del Gobierno Abierto", *Ciudadanas 2020*, Chile, 2011, págs. 133 y ss.

⁶ Por otro lado está la tecnología Informática y Comunicaciones (TIC), sobre el cual el Banco Mundial nos proporciona la siguiente definición de e-Government: "es el uso por parte de las agencias de gobierno de las Tecnologías de la Información (tales como redes de área amplia, Internet y ordenadores móviles) que tienen la habilidad de transformar las relaciones con los ciudadanos, las empresas y otras áreas del gobierno". Así se recoge en la *web* http://www.cibersociedad.net/recursos/art_div.php?id=62 (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2011).

orientado a facilitar y mejorar la participación de los ciudadanos en el debate público y en la formulación de la política en general o de las políticas públicas sectoriales, entre otros medios, a través de consultas participativas de los ciudadanos”.

2. Características y fases de implantación

La implementación de este Poder Público Electrónico debe pasar de forma obligada por una serie de fases. Estos periodos han sido discutidos enormemente por gran parte de la doctrina que se dedica a estudiar la convergencia del derecho y las nuevas tecnologías⁷. Desde nuestra modesta opinión, pensamos que muchas veces la doctrina es contradictoria y confusa, ya que tiende a separar de forma errónea las características principales de esta forma de gobierno con lo que son las fases propiamente dichas⁸, cuando realmente lo que ocurre es que de cada característica emana una fase que nos lleva a la siguiente, haciendo que todo este universo tenga sentido. Por este motivo, y tras confrontar diferentes posturas al respecto, optamos por unificar y proponer un híbrido entre varias ideas apuntadas, para acabar concluyendo con una postura autónoma desde la cual se debería optar por armonizar las cuatro fases básicas basadas en las características del gobierno electrónico en sí, para obtener un verdadero e-Government; de tal forma estos pasos quedarían correlacionados de la forma que a continuación exponemos.

En primer lugar, tendríamos que tener una fase básica de clasificación y recopilación de todos los datos de la Administración Pública que actualmente se encuentra en formato físico y realizar una digitalización de los mismos, con el fin

⁷ REYES OLMEDO, P.; GARCIA BARRENA, M.; AMOROSO FERNÁNDEZ, Y.; DONOSO GARCÍA, L.; MUNIVE CORTÉS, E.; PATRÓN BEDOYA, P., VARGAS BASILIO, A.; TÉLLEZ VALDEZ, J., CARRASCOSA LÓPEZ, V. y un largo número de autores relacionados con el Derecho y la Informática, han dejado concepciones de las fases de implantación del Gobierno Electrónico, siendo todas ellas parecidas pero diferenciando fases y características propias, así lo han hecho palpable en conferencias de la FIADI (Federación Iberoamericana de Derecho e Informática) a la que pertenecemos y hemos podido oír opiniones al respecto en foros de los Congreso Iberoamericanos de Derecho e Informática organizados por la FIADI (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática).

⁸ Expuestas por AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. en “Open Data...”, op. cit., págs. 7 y ss.

de llegar al objetivo de tener una Administración con “papel cero⁹”, con todo ello conformaríamos un patrimonio digital público¹⁰, para establecer un mecanismo digital de publicidad de información abierta a todos los usuarios, llegando así a una primera fase de Estado *Open-Data*.

En segundo lugar, una vez obtenida la digitalización, debemos explicar a los ciudadanos el proceso acerca del tratamiento de sus datos, ya que son los principales interesados en saber cómo se maneja su información personal, con el fin de hacerlos partícipes de los posibles problemas y soluciones que se pudieran plantear, y ofreciéndoles desde ese mismo momento participar en la toma de decisiones, con lo que se conseguiría una efectiva e-Participación siempre que optaran por usar estas nuevas vías. Se forjaría así un sistema en que los ciudadanos se sientan parte del mismo: un Estado más democrático, con un panorama horizontal, con una participación efectiva basada en el diálogo¹¹ y que logre el acceso de los justiciables a los servicios públicos en línea como condición *sine qua non* para la correcta implantación de una Administración Pública electrónica.

Una vez llegados a este punto, surge una tercera fase en la que la información debe estar interconectada. La información ya no sería exclusiva de un solo sector o servicio determinado del poder público, como puede ser en nuestro caso la Administración de Justicia, sino que la misma está operativa e interrelacionada con el resto de Administraciones. Por todo ello, al obtener un flujo común de informaciones entre distintos servidores públicos surge el primer gran problema a batir para conseguir el verdadero e-Government: la interoperabilidad¹². Realidad esta que viene definida tanto a nivel nacional como comunitario, en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los

⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Los Derechos fundamentales y las nuevas tecnologías”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2005.

¹⁰ Vid. REYES OLMEDO, P. “La sociedad red y el gobierno de la información...”, op. cit., págs. 200 y ss.

¹¹ CASACUBERTA SEVILLA, D. y GUTIÉRREZ RUBÍ, A. “E-participación: de cómo las nuevas tecnologías están transformando la participación ciudadana”, *Razón y Justicia* nº 71, Sevilla, 2010, págs. 1 y ss.

¹² Muy bien tratada desde el punto de vista comunitario gracias a la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una mayor eficacia, interoperabilidad y sinergia entre las bases de datos europeas en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior (COM, Nº 597, 2005, págs. 1-13).

Servicios Públicos¹³ (LAE) y en la Decisión 2004/387/CE, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de Administración Electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos¹⁴. De todo ello podemos extraer que la interoperabilidad designa el medio en virtud del cual se interconectan los sistemas, la información y los métodos de trabajo entre las distintas Administraciones. No se trata solamente de interconectar redes de ordenadores, sino también de abordar cuestiones informáticas relativas a la compatibilidad de *software* entre programas, con el fin y la necesidad de garantizar el funcionamiento entre las distintas ramas del poder público y las entidades asociadas cuya organización interna y funcionamiento pueden diferir. Por todo ello tendríamos varias subfases dentro de esta interoperabilidad como señala buena parte de la doctrina, ya que debemos unificar criterios técnicos y organizativos, pero también semánticos y jurídicos¹⁵.

La interoperabilidad de los sistemas de información permite integrar la prestación de servicios en una ventanilla única, cualquiera que sea el número de sistemas u organismos administrativos diferentes que intervengan. La principal función de la ventanilla única es que obliga a hacer interoperables los sistemas de información de las diferentes ramas del poder público involucradas en el proceso de automatización¹⁶. La voz "ventanilla única" hay que entenderla desde el punto de vista del ciudadano, es decir como un punto en el que el ciudadano puede encontrar toda la información que necesita, pero sin llegar a ser un asesor técnico ni un instrumento destinado a consultar la tramitación de un expediente concreto por

¹³ El Anexo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (en lo sucesivo, LAE) define la interoperabilidad como la "capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos".

¹⁴ Decisión 2004/387/CE define la interoperabilidad en su art.3.f) como la "capacidad de los sistemas de tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), y de los procesos empresariales a los que apoyan, de intercambiar datos y posibilitar la puesta en común de información y conocimientos".

¹⁵ ELENA CÓRDOBA, A. "El proyecto 'Ventanilla única': una experiencia de acercamiento al ciudadano basada en la cooperación y la tecnología", *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, RIAP, Nº 3, 1999, Madrid, págs. 93-106.

¹⁶ Vid. Un análisis crítico de GAMERO CASADO, E. "Ventanilla única y Administración electrónica en la transposición de la Directiva de Servicios", *Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León)*, Nº. 13, 2010 (Ejemplar dedicado a: Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León) Dir. RIVERO ORTEGA, R.), págs. 491-526.

parte de los interesados. De esta forma, el principal objetivo es constituir un canal electrónico que sirva para conectar el resto de Administraciones Públicas que nos posibilite entrar en la siguiente fase: la "tramitación electrónica integral".

En esa cuarta fase y gracias a todo lo anterior, la "ventanilla" se convierte en un portal único, en el que se integran todos los trámites de comunicaciones y sistemas de información de las distintas Administraciones Públicas. La "tramitación electrónica integral" supone la necesidad de que todas las Administraciones Públicas dispongan de sistemas de gestión y tramitación informática. Una vez llegados a este punto, las distintas ramas del poder público conformarían un entramado conjunto al que denominaríamos "Poder Público Electrónico"¹⁷; que a su vez tendría diferentes manifestaciones en cada uno de sus distintos sectores.

Por tanto, si nos adentramos de forma concreta en la rama judicial, nace el concepto de e-Justicia, que se podría definir como aquella parte del Poder Público Electrónico especializado en temas jurídicos o como el concreto uso de las TICs en la Administración de Justicia¹⁸. Llegados a este punto tendríamos una continuación a las fases expuestas, independientemente del sector en el que nos encontrásemos, marcada por una redefinición de objetivos y retos profuturo, generando nuevas expectativas de cara a ir mejorando y rediseñando el aparato estatal para hacerlo más accesible, interoperable, eficiente, eficaz y confiable hacia la sociedad en cada rama del poder público.

III. HACIA UNA JUSTICIA 2.0: CONCEPTO Y FASES

Cuando las herramientas informáticas son utilizadas por los órganos jurisdiccionales en el desarrollo de su actividad, nace una nueva forma de entender la justicia a la que llamamos "e-Justicia". En este sentido se vuelve a poner el prefijo "-e" para recalcar que estamos aplicando a una misma realidad un matiz electrónico. Como bien dice GASCON INCHAUSTI, "la utilización de la e- afecta, por tanto, al cómo de una actividad o institución, pero no al qué de aquella. Es

¹⁷ GARSON PAVLICHEV. A. "The Promise of Digital Government", *"Digital Government: principles and best practices"*. Londres, Idea Group Inc., 2004.

¹⁸ CLERIES, N. "Administración electrónica en el Área de Justicia", *IDP: revista de Internet, derecho y política* Nº 4, Barcelona, 2007.

importante, en consecuencia, tener bien presente que al hablar de e-Justicia no se hace referencia a un tipo distinto de Justicia, o a un Poder Judicial distinto...¹⁹. De esta manera hablando de un nuevo cauce para impartir Justicia, sin que la misma pierda su esencia, puesto que los cambios ofrecidos por las TICs solo afectan a la forma externa de ciertos actos procesales sin que los mismos pierdan su propia identidad.

De este modo la e-Justicia, se podría definir como la inclusión del uso de las tecnologías del conocimiento e información en la Administración de Justicia²⁰ y supone el uso de una pluralidad de instrumentos y canales tecnológicos a la hora de impartir justicia. En la actualidad, los principales canales tecnológicos que se usan en la Administración de Justicia son los ordenadores, los sistemas de videoconferencia, la videograbación de vistas, vías telemáticas para realizar actos de comunicación, las conexiones telefónicas, el fax e Internet; las cuales pueden llegar a hacernos pensar en múltiples proyectos para la adaptación de la justicia a la revolución tecnológica, tales como pruebas informáticas o digitales, portales *web*, sistemas de gestión procesal y tramitación procesal informatizados o incluso la posibilidad de realizar juicios en línea o juicios virtuales.

Todos estos canales nos llevan hacia una nueva forma de entender la justicia sin llegar a configurar en ningún caso una alternativa a la Justicia Ordinaria²¹, pero sí a dotarla de una nueva perspectiva con la que se consigue mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y conseguir tener una justicia moderna, ágil y eficaz, es decir, nos puede permitir una justicia de calidad y, al mismo tiempo, abierta, transparente y próxima al ciudadano²². No obstante, se trata de un proceso reciente, no acabado y sujeto a continuas evoluciones y cambios, lo que nos lleva a realizar una implementación de las nuevas tecnologías en el proceso de

¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F. "La e-Justicia en la Unión Europea: balance de situación y planes para el futuro", *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea* (Coord. SENÉS MOTILLA, C.), Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 85 y ss.

²⁰ 10285/08 JURINFO 45 JAI 305 JUSTCIV 119 COPEN 118 CRIMORG 87.

²¹ ARANGUENA FANEGO, C. "Perspectivas de la e-Justicia en Europa", *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea* (Coord. SENÉS MOTILLA, C.), Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 30.

²² PÉREZ-RAGONE, N. "Oralidad y prueba: comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil entre Alemania y España", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII* Valparaíso, Chile, 1^{er} Semestre de 2009, págs. 363-406.

una forma cautelosa y comedida, debido a la posible pérdida de derechos para los administrados y la merma de principios y garantías procesales.

Como es lógico dentro de los distintos sectores que conforman el poder público, las características difieren y varían de uno a otro, por ello, si queremos aplicar esta informatización a la Administración de Justicia, necesitamos adaptar las fases y requisitos anteriormente vistos de forma global para conseguir el “Poder Público Electrónico”, y focalizarlos ahora en la rama judicial, con el fin de garantizar el buen rendimiento de la e-Justicia y un mejor servicio en la relación estado-ciudadano; por ello procedemos a continuación a extrapolar dichas fases y adaptarlas al sector judicial²³.

En primer lugar se debe aplicar una digitalización de la información judicial creando en este caso un patrimonio digital a nivel jurídico, a través de pasar de lo físico a lo digital bases de datos de legislación, jurisprudencia y expedientes judiciales. Para que esto sea posible el Estado en un primer lugar tiene que financiar los proyectos de adaptación de las sedes judiciales a las nuevas tecnologías, y apostar por modernizar la Justicia invirtiendo fondos monetarios.

En segundo lugar se debería incidir en la aplicación de las TICs en la gestión de los procesos, como la asignación y gestión de casos, mediante los sistemas de gestión procesal informatizada como encargados de tramitar todo el material digitalizado en la fase anterior independientemente de donde se encuentre ubicada geográficamente la sede judicial y que al mismo tiempo, se pudiera relacionar de forma instantánea con el resto de sedes del territorio español, lo que solo se conseguiría con una buena interoperabilidad entre los distintos *software* de los distintos sistemas gestión procesal informatizada a nivel regional, autonómico, nacional e internacional²⁴.

²³ Requisitos nombrados por DE ESTEFANO, J. en “e-Justicia Planteos sobre la incorporación de las nuevas tecnologías de la información en el ámbito de la administración de justicia”, *Revista de opinión Jurídica Urbe et lus*, Buenos Aires, 2009, pág. 4.

²⁴ El desarrollo de la e-Justicia es un fenómeno global; como hemos podido ver el avance del e-Government de los países más desarrollados no alcanza al 50%, y este avance es diferenciado entre cada país de la comunidad internacional, debido a que la aplicación de las TICs en los países, cada país avanza conforme a su propia iniciativa, su esquema de prioridades, así como también los recursos y capacidades. Actualmente, se están haciendo esfuerzos para lograr una interoperabilidad de la administración pública en la Unión Europea, tales como la IDABC (*Interoperable Delivery of European e-Government Services to public Administrations, Businesses*).

Esto se traduce en perfeccionar los sistemas de gestión procesal e intentar crear una especie de “ventanilla única judicial” o garantizando una interoperabilidad a nivel interno y externo. Se pretende conseguir que los órganos judiciales puedan compartir datos e intercambiar información²⁵ y conocimiento en dos ámbitos distintos: entre los propios Juzgados y Tribunales (interoperabilidad interna) y en la relación de los órganos jurisdiccionales con otras ramas del poder público y entidades relevantes para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia (interoperabilidad externa).

En tercer lugar, debemos aplicar estas tecnologías para posibilitar la comunicación e interacción entre los ciudadanos y los operadores jurídicos, y entre órganos jurisdiccionales entre sí, logrando de esta forma un auxilio judicial apoyado en conexiones electrónicas entre los distintos juzgados y tribunales. Para lograr culminar con éxito esta fase se debe generalizar el uso de los medios electrónicos de forma concreta en los actos de comunicación con el fin de acercar la justicia a los ciudadanos garantizando que ellos mismos puedan comunicarse con los órganos judiciales por medios electrónicos y empezar a hablar de una nueva “Justicia 2.0”. Por ello, pensamos que no sería una idea descabellada la publicación de noticias jurídicas y sentencias relevantes mediante una *RSS* o redes sociales como *Twitter*, para potenciar aún más esa transparencia de cara a la sociedad y lograr un acercamiento mayor con los ciudadanos, al publicitar mediante medios populares su buen hacer, lo que repercutiría de forma altamente positiva en la imagen que la ciudadanía tiene de la Justicia. Cuestiones de este tipo ya han sido incorporadas a la última ley española sobre Administración de Justicia electrónica, la ley 42/2015.

Ya en cuarto y último lugar, para lograr una verdadera justicia virtual, se deberían informatizar los procesos en sí, convirtiendo a formato electrónico desde la fase de presentación de escritos, pasando por todas las fases realizadas en sede judicial e incluso llegando a la fase que ponga fin al litigio, con lo que llegaríamos

²⁵ La interoperabilidad en esta Administración en particular giraría en torno a tres elementos:

- La compatibilidad de los sistemas informatizados de gestión procesal.
- El funcionamiento óptimo de los Registros de la Administración de Justicia.
- El intercambio de datos y la comunicación con sistemas que no pertenecen a la Administración de Justicia, ámbito donde cobra un especial protagonismo el ya mencionado “Punto Neutro Judicial”.

hablar de “procedimientos virtuales²⁶” y Justicia *online*. Esta cuestión ya se ha alcanzado a nivel de la Unión Europea, con procesos completamente online que están disponibles en el Portal Europeo E-Justicia y son: el Proceso Monitorio Europeo y el Proceso Europeo de Escasa Cuantía, pero resulta interesante un estudio comparado del avance en distintos países iberoamericanos y europeos

IV. EXPERIENCIAS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO²⁷

Poner fecha al origen del concepto de “procesos virtuales” en los países del *Civil Law* es difícil, tanto que curiosamente nadie en la doctrina se ha pronunciado al respecto. Aún así nos aventuramos a afirmar, tras analizar diferentes legislaciones, que el modelo tiene su origen en el ámbito europeo en el programa e-Justicia, pero basándose al mismo tiempo en el Derecho procesal alemán a través del programa “*Lexecute*²⁸” y, paralelamente, si nos trasladamos a Sudamérica podemos vislumbrar su origen en Argentina²⁹, gracias a una iniciativa privada de un juez titular de Buenos Aires, quién diseñó un sistema de escaneado de expedientes y tramitación de sentencias virtuales, pero que no llegó a inspirar modificaciones legales de forma efectiva en esa época por no existir una adecuada normativa de seguridad en cuanto a las notificaciones telemáticas por medio de firma digital.

Debe quedar claro que no toda reforma del proceso encaminada hacia lo cibernético lo convierte en proceso electrónico, pues todo depende del concepto del que partamos y las características y resultados que deben converger y originarse

²⁶ BUENO DE MATA, F. Prueba electrónica..., op. cit., págs. 201 y ss.

²⁷ Supone un extracto de lo tratado en BUENO DE MATA, F. Prueba electrónica..., op. cit., págs. 237 y ss.

²⁸ Vid. Consultar el portal alemán de justicia a través de Internet, en el que se explican sus antecedentes, disponibles en la página <http://www.gesetze-im-internet.de/> (Fecha de consulta: 11 de junio de 2012).

²⁹ ILLÁN FERNÁNDEZ, J. *La prueba electrónica, eficacia y valoración...*, op. cit., pág. 389. Ya en el art. 2311 del Código Civil de Argentina se recoge una regulación sobre el documento electrónico. Al mismo tiempo, fue un juez de Buenos Aires quién empezó a digitalizar documentos judiciales de forma particular.

También LYNCH, H. habla sobre el sistema en Argentina en <http://www.lanacion.com.ar/125419-la-justicia-informatizada> (Fecha de consulta: 3 de abril de 2012).

tras dicho cambio. De esta forma creemos, que la legislación española bebe en sus inicios del programa e-Justicia, que trató de informatizar, gracias al programa *Lexecute* el proceso alemán "*Mahnverfahren*", similar al proceso monitorio español, como un ejemplo para ilustrar una nueva idea de utilizar de forma intuitiva y moderna el sistema judicial. Aún así, *Lexecute* no pasó de ser un prototipo, un proyecto piloto que después derivaría al actual Portal Web e-Justicia ya analizado³⁰. Por tanto, si buscáramos un prototipo dentro de Europa que nos sirviera de base para el modelo iberoamericano, podemos acudir a países como Suecia y Finlandia³¹, quienes se aventuran por una informatización del proceso asentada bajo un buen número de preceptos de cara a garantizar la seguridad de estos procesos telemáticos. Suecia por un lado cuenta con una informatización del cien por cien de sus tribunales, con un sistema centralizado de gestión de documentos y con tribunales virtuales que poseen sus propias cuentas de correo electrónico; al tiempo que se ofrece la doble vía de forma genérica y para todos los procesos de presentar documentos electrónicos como prueba, tanto en formato físico como en formato electrónico. Aún así, vemos como las leyes suecas no están tan avanzadas para los ciudadanos, al exigir a los representantes de las partes que si desean mostrar durante la vista del juicio oral las pruebas electrónicas, deben ser ellos mismos quienes transporten sus propios dispositivos a la sede judicial³².

Al mismo tiempo, Finlandia da un paso más mediante una potente inversión en recursos técnicos con el fin de anexar al método anterior un sistema de

³⁰ Vid. <http://www.gesetze-im-internet.de/hinweise.html> (Fecha de consulta: 12 de junio de 2012).

³¹ Observamos una serie de cuerpos legislativos sólidos en materia de nuevas tecnologías aplicadas a la Administración de Justicia en estos dos países nórdicos que hacen que conformen, desde hace décadas atrás, la legislación más sólida en materia de Justicia y Tics:

- *Act on Electronic Services and Communication in the Public Sector*. Act n. 13 of 2003 in Finland Statutory Book. Finlandia.
- *Act on Electronic Signatures*. Act n. 14 of 2003. Finlandia.
- *Act on Provision of Information Society Services*. Act n. 458/2002 del *Finland Statutory Book*. Finlandia.
- *Criminal procedure act*. Nº 689 of 1997 Finland Statutory Book. 1 de octubre de 1997. Finlandia.
- *Criminal Code*. Nº 39 de 1889 en el libro estatutario finlandés (*Finland Statutory Book*). Amendment Act 769 of 1990. Finlandia.
- *Code of Judicial Procedure*. Promulgada en 1942, y con entrada en vigor el 1 de enero de 1948. 1999. Suecia.
- *Criminal code*. Aprobada en 1962, y con entrada en vigor el 1 de enero de 1965. Suecia.

³² ERIKSSON, P. AND RUNSTEN, J. "Research of Electronic...", op. cit., págs. 865-901.

notificaciones plenamente seguro, con acuses de recibo informáticos y estableciendo una verdadera conexión entre ciudadano y tribunal mediante un sistema de firma electrónica avanzada. A pesar de la informatización, las partes siguen teniendo derecho a recibir copia en papel formal por lo que se sigue optando por este sistema dual de comunicación. Del mismo modo en Finlandia la realización de audiencias mediante medios electrónicos está instaurada como posibilidad desde el año 2003, funcionando en tribunales especiales como el Tribunal de Seguros y el Tribunal del Mercado con el fin de adaptarlos a la implantación del comercio electrónico, y lo que es más sorprendente, regulando la posibilidad de informatizar litigios penales gracias a las enmiendas introducidas en el Código de Procedimiento Penal finlandés. De esta forma, dicho Código permite, gracias a un proyecto piloto³³ iniciado en 2004, la aportación y práctica de la prueba por medios electrónicos de muy diverso tipos, que van desde la prueba documental a la prueba testifical, el dictamen pericial o el interrogatorio de parte, y que pueden ser introducidos de muy diversas maneras. Por ello vemos como no existiría un nuevo medio de prueba, si no una adaptación de los medios de prueba ya existentes a la nueva realidad tecnológica.

En España finalmente se da el salto a este modelo en enero de 2016, por lo que posteriormente comentaremos brevemente las novedades del sistema español. Simultáneamente, existen muchos “tribunales virtuales” en diferentes países europeos que no serían tales, pues se tratan de órganos basadas únicamente en sistemas de gestión procesal altamente informatizados, Así, desde 2008 en Eslovenia en materia de ejecución existe el tribunal virtual de Ljubljana; en el que existe una comunicación electrónica de los ciudadanos con los tribunales holandeses³⁴ en funcionamiento desde el año 2009, cuando empezaron por admitir el envío de *buropaxes* tanto para enviar como para recibir notificaciones, y que actualmente incorporan el *e-mail* como sistema de notificación.

Del mismo modo, en América, de una forma a nuestro parecer arriesgada, se informatizan procesos a través de medidas altamente avanzadas que no tienen en cuenta la repercusión que pueden tener la implantación de esta nueva forma de administrar justicia en la correcta aplicación de las garantías y principios procesales.

³³ OLLILA, J. Y STORSKRUBB, E. “Research of Electronic Evidence...”, op. cit., págs. 281-303.

³⁴ Vid. https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-nl-es.do?member=1 (Fecha de consulta: 1 de febrero de 2012).

El proceso electrónico ya es una realidad en Brasil; país que cuenta con una ley sobre proceso electrónico³⁵ desde el año 2006; cuestión que le convierte en el país más adelantado de toda Sudamérica en informatización de procesos. Por otro lado, tanto en EEUU y Canadá se utiliza de forma generalizada el Expediente Judicial Electrónico y disponen de sitios *webs* para registrar y publicar sentencias, debiendo recalcar que ya a finales de 2010 el noventa y cinco por ciento de documentos empresariales estaban en sistemas tecnológicos y que más de 50 millones de causas se encuentran ya en formato electrónico³⁶; aún así el proceso electrónico sigue encontrando aquí un límite en cuanto al tema del emplazamiento, pues se sigue realizando siempre de forma personal y se documenta en formato papel. Lo mismo ocurre con el tema de la seguridad en el caso estadounidense, donde la misma sigue siendo modulada por sistemas de protección mediante tarjetas y claves, y no recurren a sistemas de encriptación o biometría más avanzados. Del mismo modo, otros países que basan su sistema en el Derecho anglosajón, como India³⁷, Australia, Nueva Zelanda, Malasia, Singapur e Israel³⁸ empiezan a implementar sistemas muy parecidos.

Del mismo modo existen otros países como Colombia³⁹, México o Perú que empiezan a desarrollar prácticas piloto y donde se empiezan a configurar tribunales virtuales pero sin una regulación específica a nivel nacional, aunque sí con una perspectiva común respecto a España: empezar con la informatización del orden jurisdiccional administrativo. De esta forma podemos observar casos como en Monterrey, México, en el Estado de Nuevo León⁴⁰, se contempla para

³⁵ La Ley 11.419/2006, que más tarde analizaremos, y que se encuentra disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm (Fecha de consulta: 4 de abril de 2009).

³⁶ Así lo expone un estudio digital comparado sobre el EJE en todo el mundo, disponible en <https://www.dateas.com/es/servicios/argentina/expedientejudicial> (Fecha de consulta: 17 de octubre de 2011).

³⁷ MANISHA T. y KARIA, D. "Research of Electronic Evidence in India", *Electronic evidence* (Coord. MASON, S), op. cit., págs. 550 y ss.

³⁸ Vid. Así lo expone ILLÁN FERNÁNDEZ, J. *La prueba electrónica, eficacia y valoración...*, op. cit., págs. 218-233.

³⁹ Podemos consultar los pasos de Colombia hacia una justicia electrónica en la *web* <http://www.cej.org.co/sala-de-prensa/presencia-en-medios/1915-colombia-paulatino-avance-hacia-una-justicia-electronica-> (Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2010).

⁴⁰ A través del Tribunal Virtual, las notificaciones electrónicas en vigor a partir del 27 de diciembre de 2011, representan una alternativa para acelerar los procesos judiciales en México, justamente en Nuevo León. <http://tribunalvirtual.nl.gob.mx/> (Fecha de consulta: 19 de noviembre de 2011).

el proceso administrativo desde el año 2011 y desde el 2012 para los procesos penales; así como en Colombia, donde por un lado se pueden consultar los procesos en algunas de las ciudades más importantes del país gracias a una Intranet, y por otro la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio de las Tecnologías dan luz verde desde mediados de 2011 a la implantación de un proceso judicial electrónico desde el punto de vista únicamente de la gestión, con características comunes a la estrategia “papel cero” implantada en la Sala de lo Contencioso Administrativo de nuestra AN. En un paso también avanzado se encuentra Perú, con legislación sobre uso de medios electrónicos en todos los órdenes jurisdiccionales⁴¹.

Por último, no debemos confundir nunca esta nueva forma de administrar justicia, ni estas nuevas sedes judiciales virtuales, con los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, también conocidos a nivel internacional como ODR (*Online Dispute Resolutions*) muy extendidos ya en todo el mundo, y que ya se ha implementado en España gracias a la Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴² y a sus posterior RD 980/2013 donde se regula la mediación electrónica. Con ello llegaríamos a una solución en línea de conflictos, pero no estaríamos hablando aquí de una verdadera e-Justicia, al ser más propio del ámbito extrajudicial. En este sentido en América EEUU es un gran impulsor de esta nueva forma de resolver conflictos⁴³, que se basa de forma concreta en sistemas de mediación y arbitraje online.

⁴¹ OCHOA REYES, J. “Microformas digitales y su incidencia en los trámites administrativos y el gobierno electrónico: casos prácticos de éxito”, *Actas del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Monterrey, 2010.
<http://iusinformatico.blogspot.com.es/2010/10/xiv-congreso-iberoamericano-de-derecho.html>
(Fecha de consulta: 22 de octubre de 2011).

⁴² Viene a suponer una transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 por la que la propia Unión Europea ha reconocido que el Derecho de acceso a la justicia no sólo abarca el acceso a la vía judicial, sino también a los métodos extrajudiciales de resolución de litigios.

⁴³ En EEUU estos sistemas son una realidad ya desde el año 2004, como podemos ver en la *web* dedicada a analizar sistemas de mediación en Derecho comparado, disponible en <http://aryme.com/actualidad-adr/191/nueva-york-arbitraje-mediacion-online> (Fecha de consulta: 6 de agosto de 2011). Estos sistemas son los ODR (*Online Dispute Resolutions*). Es una terminología americana, globalizada ya en el resto del mundo y que es utilizada por muchos autores, KATSH, E. y RIFKIN, J. *Online dispute resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey Bass, San Francisco, 2001, pág. 3.

Igualmente, países como Perú ya empiezan a instaurar “cibertribunales” destinados a resolver cuestiones mediante arbitraje *online*; también en Colombia gracias al sistema de Arbitraje en Línea de la Cámara de Comercio de Bogotá se realizan prácticas similares⁴⁴.

Por último, debemos aludir a la ley chilena de 20.886 aprobada a finales de diciembre de 2015 y que modifica el código de procedimiento civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales y que tiene su inspiración en la ley 18/2011 española al dar el paso para la creación de expedientes judiciales electrónicos⁴⁵.

Por tanto, una vez aludidas las distintas manifestaciones de administrar justicia a través de las nuevas tecnologías en el Derecho comparado, y haciendo una comparación con el resto de países, podemos ver que España se sitúa como una de las potencias pioneras en informatización de los sistemas judiciales en materia civil y administrativa; asumiendo como propios el Plan de Acción e- Justicia europeo y la Carta Iberoamericana de Gobierno electrónica; éstas son las razones que nos hacen plantear un análisis de la Ley 18/2011 de aplicación de TICs a la Administración de Justicia con el fin de extrapolar propuestas para Iberoamérica.

V. ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL ELECTRÓNICA

1. La Ley 18/2011 como ley marco para su reflejo en normativas iberoamericanas

Esta ley se encuadra como el mejor fruto, hasta el momento, del Plan de Modernización Judicial Español para la Modernización Judicial (PEMJ) implementado desde 2009 a 2012 y que después contó con dos prórrogas: 2012-2014 y el actual Plan de Seguimiento 2014-2016 para afianzar la inversión realizada; con

⁴⁴ En la web de la Cámara de Comercio de Bogotá se establece un catálogo de trámites judiciales electrónicos, disponibles <http://linea.ccb.org.co/> (Fecha de consulta: 29 de junio de 2012).

⁴⁵ Dicha ley se puede consultar íntegramente en el siguiente link: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1085545> (Fecha de consulta: 26 de marzo de 2016).

ello el Ministerio de Justicia, "una justicia profesional, ágil, clara, accesible para el ciudadano y prestada en tiempo razonable"⁴⁶.

Se logra así que las nuevas tecnologías invadan toda la parte de gestión y tramitación del proceso y se sientan las bases para alcanzar la plena tramitación electrónica de los procedimientos judiciales, abandonando los obsoletos legajos en formato papel. La transmisión electrónica de datos y la conservación de los mismos en bases de datos electrónicas sustituirán a las notificaciones tradicionales y a los viejos archivos judiciales, lo que nos hace evaluar el impacto de la nueva figura del expediente electrónico. Todo ello va unido a una serie de importantes novedades, como las creaciones de sedes judiciales electrónicas, la autenticación de los actos electrónicos, comunicaciones electrónicas, y su conjunción con otros planes como el plan EJIS u otras aplicaciones existentes en los juzgados, que son desarrollados por la ley 45/2015 y el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas que posteriormente comentaremos.

De esta forma, si observamos el esquema estructural de la ley, la misma viene conformada por un amplio Preámbulo, a la que siguen cincuenta y seis artículos agrupados en cinco títulos, doce disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y cuatro disposiciones finales. A continuación iremos comentando los puntos más relevantes del texto. En primer lugar vemos un Preámbulo contundente y bien formulado, resaltando el beneficio que supone la modernización contemplada en esta ley para asegurar una mejor tutela judicial efectiva, como bien reza el art. 24.1 de nuestra Carta Magna y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para después ir detallando los beneficios concretos que repercuten directamente sobre principios del proceso.

Una vez resaltados los beneficios, con los que estamos plenamente de acuerdo, se pasan a formular los objetivos de la ley, los cuales se refunden en tres, de un modo, a nuestro parecer, demasiado abstracto. El primero se conecta claramente con el objetivo pretendido con el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal, garantizar un contenido sin dilaciones indebidas, con una disminución en un 30 por 100 de los tiempos de tramitación y respuesta judicial. En segundo lugar,

⁴⁶ La nota del Gabinete de prensa se puede descargar en <http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldocumento&blobheader=application%2Fp>

se propone generalizar el uso de las TIC entre los profesionales de la justicia, algo difícil a corto plazo debido a la gran brecha digital que posee una gran parte de la población y que afecta también a profesionales del sector judicial, debido a que nos encontramos con una materia nueva y en constante cambio que se agrava en las generaciones de edad longeva. En tercer lugar, se plantea establecer unos requisitos mínimos de interconexión interoperabilidad y seguridad entre todos los sistemas informáticos de la Administración de Justicia. Esto es debido que España tiene materia transferidas en materia de justicia a determinadas Comunidades Autónomas, por lo que un documento gestionado por la plataforma del "territorio Ministerio" que abarca a determinadas CCAA puede no ser compatible con el sistema desarrollado en la plataforma de gestión procesal de Cataluña.

Por último, se ofrece un último objetivo aún más abstracto que los anteriores ya que queda el terreno abierto a "cuantas otras exigencias se contienen en las leyes procesales"; un cajón de sastre en el que se ve que será una ley que opta por la amplitud de miras y con el afán de contagiar y dejarse contagiar por las distintas leyes que sigan la vía de agilizar y actualizar el sistema procesal.

Pasando al Título I, vemos como el mismo abarca el ámbito de aplicación y los principios generales construidos en torno a asegurar el acceso de forma fiable y confidencial de todos los administrados. El ámbito de aplicación tiene como eje central a la Administración de Justicia, regulando las relaciones que tiene esta con los profesionales del sector judicial, los ciudadanos, organismos públicos y otras administraciones; con lo que vemos un espectro de organismos muy completo y que exigirá un plazo de adaptación largo y una interoperabilidad excelente para lograr una completa coordinación.

Esta cuestión se conecta con el Título II donde se recoge el uso de los medios electrónicos por los operadores jurídicos, es decir, se plantea quiénes y bajo qué condiciones usan estos medios electrónicos. Por un lado, se concretan los derechos que tienen los ciudadanos en sus relaciones con dicha Administración a través de las nuevas tecnologías y por otro se garantizan los principios rectores de dicha relación, e los que primera el derecho a la seguridad y confidencialidad de todos los ficheros, sistemas y aplicaciones de los datos que maneje la Administración y se abre la disponibilidad de elección de canal electrónico al establecer que se tendrá derecho a "elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con la Administración de Justicia siempre que se utilicen estándares abiertos".

Respecto a los profesionales, aparte de derechos, también se establece un deber concreto con carácter fundamental consistente en la utilización obligatoria de los medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos electrónicos judiciales en el desarrollo de la actividad de los órganos jurisdiccionales, oficinas judiciales y de las fiscalías por parte de todos los integrantes de las mismas siempre que el ciudadano hubiera elegido un medio electrónico para comunicarse con la Administración de Justicia, cuestión altamente relevante y a la que todos los operadores jurídicos están sometidos.

En el título Título III, se habla del Régimen jurídico de la administración judicial electrónica y los canales de comunicación. Así, se analiza el régimen jurídico de la sede judicial electrónica, empezando por dar un concepto, el cual gravita en decir que es la "dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a cada una de las Administraciones competentes en materia de Justicia". Los canales de acceso a las mismas serán redes de telecomunicaciones pertenecientes a la propia Administración de Justicia, es decir, de una red de telecomunicaciones privadas entre las distintas sedes judiciales electrónicas, que realmente es lo que debería suceder si lo que queremos es garantizar la seguridad a los administrados.

Posteriormente, vemos como la responsabilidad de garantizar tanto la integridad, la actualización de la información facilitada o el acceso a los servicios previstos en la misma, será del titular de dicha sede, lo que nos hace suponer que en caso de fallo técnico de la sede, la responsabilidad recaería en su titular y nunca en el administrado que quiera o estuviera haciendo uso de la misma. Todo esto viene apoyado a posteriori, en el artículo 11, que viene a decir lo mismo, ya que establece que "el órgano que origine la información que se deba incluir en la sede judicial electrónica, será el responsable de la veracidad e integridad de su contenido". Al mismo tiempo, lo normal es que estas sedes cuenten con subsedes que se encarguen exclusivamente de la recepción, registro y reparto de los asuntos existentes para asegurar una mayor seguridad en las tramitaciones electrónicas; mientras que si no hay posibilidad de crear esta figura, la sede principal tendría que asumir estas funciones; cuestión que solo defenderíamos en el caso de tratarse de demarcaciones jurisdiccionales con poca población.

Igualmente las sedes ofrecerían opciones de publicación electrónica de sentencias, lo que aumentaría por un lado la publicidad siempre que fuera un

sistema complementario, y la disminuiría si se restringiera su publicación, debido a que aún persiste la ya comentada brecha digital. También establecerían enlaces para la formulación de sugerencias y quejas para asegurar el asesoramiento electrónico al usuario y asegurar la correcta utilización de la sede; garantizando al mismo tiempo en todas ellas el régimen de cooficialidad lingüística en todas ellas. Si a esto le unimos que tenemos un Punto de Acceso General de la Administración de Justicia para acceder a dichas sedes, equiparable en cierta medida al *Portal europeo e-Justicia para facilitar el acceso a la justicia de los ciudadanos*. Cuestiones todas estas que se podrían extrapolar al territorio iberoamericano y cumplir así con lo dictaminado en la Carta sobre Gobierno electrónico.

El capítulo II de este Título se dedica exclusivamente a la identificación y la autenticación a la hora de relacionarnos mediante medios electrónicos con la Administración de Justicia. La forma establecida para ello es clara: los sistemas de firma establecidos en la ley 59/2009, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica⁴⁷. Por ello, la ley se limita al uso de dicha forma de identificación y autenticación tanto para personas físicas, administrados y profesionales, como para personas jurídicas, las sedes electrónicas. Aquí lo esencial es ver como la Administración competente facilitará a cada una de las Oficinas Judiciales un sello electrónico y un Código seguro de Verificación Vinculado (CVV). Igualmente para los ciudadanos se establecer la firma electrónica avanzada disponible a través del *chip* del DNI electrónico español donde quedan guardadas las claves y nuestra huella digital.

Por último, nos detenemos en el título IV por creer también que el modelo puede ser extrapolable a los distintos países iberoamericanos. En este Título se aborda el tema fundamental de este proyecto de ley: la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales. Así se exponen primero las ventajas que supone la aplicación de las políticas de "papel cero" a través de los medios electrónicos a los procesos de trabajo y a la gestión de la actuación judicial. El paso fundamental para lograr esta tramitación electrónica pasa por la instauración completa del

⁴⁷ Esta ley define en su artículo 3 LFE lo que se entiende como firma electrónica, justamente en su apartado primero. Por lo que se considera firma electrónica «*el conjunto de datos en forma electrónica consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante*». Posteriormente desde el artículo 3.2 al 3. 4, se dan las definiciones de *FE reconocida*, *FE simple* y *FE avanzada*.

Expediente Judicial Electrónico (EJE). Hablamos de expediente judicial electrónico como el conjunto de información que se genera durante la tramitación de un expediente judicial, tanto la emitida desde la propia oficina judicial como la aportada por las partes durante el desarrollo del proceso o la que se deriva de los informes o aportaciones de peritos y profesionales⁴⁸.

Todo expediente judicial tendrá un índice electrónico, firmado por la Oficina Judicial actuante con lo que se garantizará siempre la integridad del mismo y su recuperación en el caso de necesitarlo para otros casos; lo que permite que un mismo documento forme parte de distintos expedientes judiciales electrónicos. Del precepto se destaca que los sistemas de información implementados en las oficinas judiciales, permitirán que toda la información que se genera ya esté en formato electrónico y se integre de forma natural en el EJE.

La tramitación funciona de la siguiente manera: los documentos aportados por las partes y los profesionales al expediente deberán llegar a las oficinas judiciales, donde se incorporarán al EJE, tanto si se trata de escritos de trámite como en el caso de documentos que dan origen a un nuevo asunto judicial. En este último caso, se asignará un Número de Identificación General a aquellos documentos que puedan generar un nuevo procedimiento, una identificación que llevará el caso, con lo que se permitirá su identificación de forma unívoca por cualquier órgano del ámbito judicial en un entorno de intercambio de datos.

Los documentos generados en la tramitación, ya sean resoluciones o actuaciones que generen los sistemas de gestión procesal, serán incorporados siempre con firma electrónica y serán considerados como "documentos judiciales electrónicos", por lo que tendrá consideración de documento público. Posteriormente haremos una referencia más detallada a los actos de comunicación electrónicos regulados en el Real Decreto 1065/2015. Si debemos resaltar que en esta estructura dada por la ley 18/2011, se prevé crear en todas las Oficinas Judiciales funciones de registro, medios electrónicos adecuados para la recepción y registro de escritos y documentos, traslado de copias, realización de actos de comunicación y expedición de resguardos electrónicos a través de medios de transmisión seguros. Por tanto se podrán remitir los escritos, que antes el procurador llevaba en mano al juzgado, gracias a un envío por correo electrónico o medio análogo.

⁴⁸ MIRA ROS, C. *El expediente judicial electrónico*, Madrid, 2010, págs. 17 y ss.

Otra ventaja que aquí observamos es que los registros electrónicos podrán ser usados durante todos los días del año y durante la veinticuatro horas del día tal y como se detalla en la ley 42/2015. Digamos que las posibilidades de presentación se expanden de este modo hasta lo máximo respecto a escritos de petición de iniciación de procedimiento como a documentos que se puedan adjuntar al mismo, independientemente de que el cómputo de plazo respecto a estos nuevos horarios apenas varíe; únicamente la presentación en un día inhábil a efectos procesales conforme a la ley se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente.

Respecto a los actos de comunicación entre los profesionales y el juzgado y viceversa, se tendrá como “prioritario” realizar estos actos mediante la informática, siendo subsidiarios siempre, por tanto, los actos de comunicación en formato físico. Por el contrario, la ley no se muestra tan avanzada respecto a los ciudadanos, cuestión que nos parece lógica, al necesitar de un periodo mayor para familiarizarse con estas nuevas técnicas, ya que ellos no tienen que estar utilizando estos recursos a diario sino en los casos puntuales en los que necesiten resolver algún conflicto legal. Por este motivo la ley les permite “elegir en todo momento la manera de comunicarse con la Administración de Justicia, sea o no por medios electrónicos, excepto en aquellos casos en los que una norma con rango de Ley establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico”. En definitiva, estas son las novedades más importantes que introduce esta ley marco de inclusión de TICs en las AAPP y que pueden tener su reflejo en los distintos países iberoamericanos y que ahora tienen igualmente su desarrollo a través de dos textos legales que de forma sucinta vamos exponer.

2. El desarrollo posterior de la Ley 18/2011: referencias a las últimas reformas del año 2015

La Ley 18/2011 de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, sirvió para definir un marco general del uso de medios informáticos y establecer fechas límites para lograr una política de “papel cero” en los juzgados y tribunales, obligar a los operadores jurídicos a usar canales tecnológicos siempre que los ciudadanos opten por esta vía, lograr la interoperabilidad entre las plataformas electrónicas de las CCAA del Territorio Ministerio con las plataformas de las CCAA con competencias transferidas en materia de justicia, así como establecer sedes

judiciales o canales electrónicos con los que acabar de impulsar las comunicaciones electrónicas entre la Administración y los administrados.

Por un lado la ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la LECiv, sirve para desarrollar todo lo relativo al tema de plazos procesales al dar la posibilidad de presentar documentos por vía electrónica está disponible las veinticuatro horas del día, todos los días del año. Aún así ello no supone una variación en las leyes procesales sobre el tiempo hábil para las actuaciones, los plazos y su cómputo, puesto que la presentación de un documento fuera de las horas de audiencia será computado en la primera hora hábil del día siguiente. Del mismo modo todos los escritos judiciales de iniciación del procedimiento se presentan a través de un canal electrónico. Igualmente sirve para establecer la figura del "domicilio virtual" o tal y como se dice en el texto: "dirección electrónica habilitada". Así, el ciudadano podrá facilitar, con vigencia indefinida, un número de teléfono móvil o dirección de correo electrónico habitual para recibir en ellos actos de comunicación por comparecencia electrónica a los que podrá acceder y consultar desde Internet. A través de esta dirección o domicilio electrónico se generará la evidencia de cuando lo recibió y cuando accedió a su contenido.

Igualmente, en la disposición adicional primera de la ley 42/2015, se establece que la "utilización de medios telemáticos" se acabará desarrollando mediante un real decreto, justamente a través del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNet. En ella se desarrolla de manera más amplia lo referido a los actos de comunicación en la ley 18/2011. La novedad más importante del RD se encuentra en la forma de presentar archivos electrónicos, ya que se pauta que de manera generalizada todos los documentos, dictámenes, informes u otros medios o instrumentos deberán ir acompañados de un formulario normalizado y homogéneo con el detalle o índice comprensivo del número, orden y descripción somera del contenido de cada uno de los documentos. Aquí vemos que el texto impone una forma concreta de presentación de pruebas electrónicas, ya que se incorpora ese "mecanismo de traducción" que exige la aportación de una evidencia de este tipo y no se desnaturaliza la prueba, pues se expresa que el formulario también deberá estar adjuntado en formato electrónico. Igualmente se dice que todos estos medios deberán cumplir los requisitos de autenticidad, integridad, temporalidad y resguardo acreditativo en los procesos de envío y recepción.

Todos estos elementos se completan con otra inmensa novedad en la que se establece claramente que la aportación de todo tipo de documentos y escritos, con lo que se podría entender que cualquier tipo de prueba se deberá presentar en soporte digital o electrónico. De esta forma, toda información deberá ser presentada a través de un medio electrónico de forma que permita su tramitación y transmisión por esta vía y no varíe su propia naturaleza. Igualmente se indica que la presentación de documentos electrónicos y su inclusión en el expediente judicial electrónico deberá seguir unos parámetros señalados en los anexos, así como de la de política de firma.

Cuestiones todas ellas importantes que tendrán su reflejo en los distintos países iberoamericanos en regulaciones parecidas y que seguramente tomarán ejemplo en gran medida de la normativa española.

VI. REFLEXIONES FINALES

Tal y como hemos podido observar el Gobierno electrónico o la Administración Pública Electrónica supone un reto inminente para los países iberoamericanos, tal y como se expuso en la Carta Iberoamericana que contempla la materia. Se avecinan así unos años punteros en cuanto a incidencia y la inclusión de las TIC en la Administración de Justicia de los distintos países iberoamericanos. Los procedimientos electrónicos han pasado de ser una ficción a una realidad emergente que debe ser estudiada y analizada para lograr que esta transformación respete las garantías y principios procesales y se logre así la justicia moderna, ágil, clara, accesible para el ciudadano y prestada en tiempo razonable.

Debemos resaltar eso sí que la última palabra la tienen los gobiernos de los Estados y serán ellos quién decidan si invertir más o menos recursos en obtener la digitalización de su Administración de Justicia. Para ello, se deberá siempre ensalzar de forma clara la apuesta por la seguridad y el fiel respeto a los derechos de los ciudadanos.

El principal reto u obstáculo al que se enfrentarán todos los países no es solo algo puramente económico sino también de mentalidad y cambio social, puesto que la resistencia al cambio es uno de los principales escollos para modernizar la justicia. La brecha digital de los operadores jurídicos y la falta de formación en

temas informáticos puede dar al traste con un procedimiento de transformación de este tipo.

En la siguiente década todos los países de Iberoamérica entrarán o seguirán avanzando por las diferentes fases de la e-Justicia. Así, vemos ya ejemplos como Chile y Brasil, quienes disponen de leyes concretas sobre procedimientos electrónicos y otros en cambio que empiezan a tener sus primeros reglamentos o normativas sobre gestión electrónica de procedimientos.

Hemos analizado aquí de forma concreta el caso de España, al ser la normativa que manejo de primera mano por mi nacionalidad y objeto de estudio y que puede servir de guía para su implantación en muchos otros países. Siguiendo el ejemplo español vemos como después de una ley marco existen otra serie de normas posteriores que desarrollan de forma mucho más amplias las pautas y directrices marcadas por la "ley matriz". Así, deberemos ir introduciendo concepto genéricos sobre elementos básicos que necesitaría la gestión y tramitación procesal como los expedientes judiciales electrónicos, las sedes judiciales electrónicas, los puntos de acceso judiciales electrónicos, la digitalización de procedimientos... y al tiempo que definimos el "qué", posteriormente nos adentremos en explicar el "cómo".

Una vez todos los países de Iberoamérica logren estos objetivos nos moveremos en un nuevo escenario global e interconectado y la siguiente meta será la de lograr la interoperabilidad entre los distintos estados y sus sistemas de gestión procesal para cuestiones de conflictos transfronterizos. Quién sabe si en la próxima década nos enfrentaremos a "procesos iberoamericanos", que a semejanza de lo señalado en Europa tengan a las nuevas tecnologías como su principal aliado para lograr una verdadera justicia digital cercana al ciudadano y sin dilaciones indebidas para toda Iberoamérica.

PROCESO PENAL DE MENORES Y DERECHO COMPARADO: NOVEDADES Y DESAFÍOS

Lorenzo M. Bujosa Vadell

Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Salamanca)

La contribución del Prof. Martín Ostos a los avances del Derecho Procesal es indiscutible, pero si hay un ámbito de nuestra especialidad en el que brilla especialmente el esfuerzo de nuestro maestro en fortalecer y profundizar los conocimientos procesales es el enjuiciamiento de menores. Como homenaje a todo lo que nos ha enseñado y a lo que nos seguirá enseñando, vayan estas modestas páginas que siguen

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONDICIONAMIENTOS INTERNACIONALES. III. EL IMPRESCINDIBLE EXCURSO EUROPEO. IV. LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA JUSTICIA DE MENORES. 1. En la Convención de Derechos del Niño. 2. En las Reglas de Beijing. 3. En la Directiva (UE) 2016/800. 4. En la Observación general núm. 24 (2019). 5. En la Observación general núm. 25 (2021). V. NOVEDADES DESTACABLES. VI. CUESTIONES PENDIENTES. VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia el proceso de menores ha sido considerado como un área secundaria dentro del amplio ámbito del Derecho Procesal, en la que durante bastante tiempo las garantías no importaban demasiado e incluso parecía considerarse como un terreno apto para la experimentación, en el que podían aplicarse medidas legislativas novedosas en nuestro ordenamiento, para las que el proceso de adultos se consideraba demasiado arriesgado y discutido. La dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal es un ejemplo antológico de ello, como también lo es la amplitud de las medidas de oportunidad que se contemplan en numerosos artículos de la vigente Ley Orgánica 5/2000 con sus reformas.

No es la intención del autor de estas líneas resumir la historia de los abundantes cambios que desde mediados del siglo XX han actualizado la justicia de menores. El Prof. Martín Ostos, con su agudeza, nos ha trazado de manera muy clara en sus numerosas obras los antecedentes y los progresos para la necesaria evolución hacia un proceso con todas las garantías, homologable con las exigencias internacionales. Conviene recordar, como después se explicitará, que nos encontramos ante una de las ramas del Derecho Procesal que han tenido una mayor internacionalización, sobre todo desde la adopción de la Convención de los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989¹.

Esa abertura hacia el exterior de nuestro proceso de menores facilita la comparación con otros ordenamientos y la identificación de desafíos que proceden de instancias supranacionales o de las experiencias de otros Estados que se enfrentan, en mayor o menor medida a necesidades parecidas a las que se observan en nuestro país. Puede no ser tarea vana, por consiguiente, echar una mirada a este contexto comparado, del que tal vez podamos obtener algunas certezas y aprendizajes específicos.

Quien no esté familiarizado con el estudio de este ámbito procesal, quizás se sorprenda de la amplitud de cuestiones que pudieran plantearse desde esta perspectiva, aun limitando nuestras consideraciones a los procesos de reforma de menores y no a los de protección, ni tampoco a aquellos casos en que los menores participan como víctimas especialmente vulnerables en cualquier proceso penal². En realidad, estamos hablando de procesos completos con unas características muy particulares, derivadas principalmente de la necesidad de investigar, y en su caso enjuiciar, a unos sujetos en pleno desarrollo cognitivo y ético.

¹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

² *Vid.* el art. 26 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Por supuesto, el menor puede ser también víctima respecto a infracciones criminales cuya comisión se atribuya a menores de dieciocho años y mayores de catorce, en cuyo caso el infractor, en principio, debe ser sometido al proceso previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Para esos supuestos siguen vigentes las palabras de MARTÍN RÍOS, M.^ª P., *Víctima y Justicia Penal*, Barcelona, 2012, pp. 190-210, en las que se hace eco de las tendencias doctrinales contrarias a la participación de la víctima como parte en estos procesos, pero también de las favorables, con minucioso y fundado análisis crítico de los argumentos de unos y otros y de la regulación introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Es preciso recordar que, conforme a la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000, la intervención fiscal y jurisdiccional para la reforma de menores tiene la finalidad de exigir responsabilidad penal de quien esté obligado a ella, como en cualquier otro proceso penal –y de que no se le exija a quien no sea responsable–, pero con una marcada finalidad educativa-sancionadora, que se desprende no sólo de las medidas a aplicar, sino también de los trámites procedimentales previstos, en los que –más que en ningún otro proceso– se prevén continuamente portillos de salida, con limitaciones pero con una amplia aplicación de criterios de oportunidad.

Esa discrecionalidad debe estar informada necesariamente por el principio del interés superior del menor³, que es el que justifica las normas específicas que distinguen este proceso del de adultos y refuerza notablemente el objetivo de la reeducación y la inserción social, o *rectius*, en muchos casos, la educación que nunca se ha tenido. Además, no puede obviarse, como destaca la Observación General núm. 25 (2021) del Comité de los Derechos del Niño, que “el interés superior del niño es un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto”⁴. La prioridad de estos elementos influye en la configuración del proceso que, aunque pueda parecer paradójico, aparece como un mal a evitar en toda la medida en que sea posible. Es más, como una vía que no debe ser transitada sino cuando no quede otro remedio.

Obsérvese la inmensa paradoja: un proceso que, por un lado, ha sido reforzado con las garantías que nunca había tenido, ajustadas a las exigencias constitucionales y convencionales, pero, por otro lado, a partir de las normas y recomendaciones internacionales, así como de la Ley Orgánica que recoge sus principios informadores, se nos viene a confesar que se trata de un mecanismo legal que debe ser evitado, pues en definitiva el mejor proceso penal del menor

³ Interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado de construcción jurisprudencial, pero con una importante concreción legal desde que se promulgó la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que introdujo, entre otras, una nueva redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴ Se trata del apartado 12 de la Observación General núm. 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital. Comité de los Derechos del Niño. 2 de marzo de 2021. CRC/C/GC/25.

es el que no existe. Sólo en los casos verdaderamente graves, en los que las circunstancias del delito y las del delincuente lo determinen, deberían seguirse los trámites del proceso previstos en los títulos del III al VII de la Ley Orgánica 5/2000, los cuales, desde este punto de vista, no pueden tener nada de ordinarios, sino de extraordinarios y excepcionales, a pesar de las reformas con una innegable tendencia represiva, que se promulgaron incluso antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley Orgánica.

II. CONDICIONAMIENTOS INTERNACIONALES

Ciertamente, la pluralidad de sistemas⁵ a la hora de afrontar qué hacer institucionalmente con aquel niño, niña o adolescente que aparentemente ha cometido alguna acción u omisión prevista en las normas penales no impide la existencia de destacables condicionamientos generales que, desde instancias supranacionales, tratan de marcar la ruta de equilibrio entre las garantías y la eficacia en la respuesta pública.

La *Convención de Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, se sitúa como hito de esta internacionalización, pues se trata de un instrumento vinculante, en un contexto normativo caracterizado por la abundancia de normas de *soft law*, es decir, de recomendaciones, muy valiosas por su contenido, pero de exigibilidad mucho más laxa. Como se ha afirmado, la Convención no adopta un punto de vista culturalmente relativista, sino que en general establece

⁵ Es conocida la pluralidad de modelos: Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 119-149, sobre los cuales no obstante se ha producido una visible confluencia. Vid. asimismo HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., “La intervención sobre menores en conflicto social”, en HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., y otros, *El sistema español de justicia juvenil*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 46-54: “El sistema resultante, al menos por lo se refiere a nuestro ordenamiento, es un mecanismo netamente jurisdiccional que incorpora las garantías del proceso penal, pero que contiene elementos del modelo de bienestar como son los mecanismos de desviación, la consideración de las circunstancias sociales, familiares y educativas del menor, la incorporación de un peculiar principio de oportunidad, etc.”.

Llama la atención, sin embargo, la facilidad con que en algunos países se produce la remisión de menores sospechosos al sistema de justicia de adultos: Vid. RAP, S., EIJERS, I., *The Effective Youth Court. Juvenile Justice Procedures in Europe*, Eleven, The Hague, 2014, pp. 91-92.

estándares universales y normas avanzadas⁶. Junto a ello deben citarse los *Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño*: el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁷ y el que se refiere a la participación de niños en conflictos armados⁸, ambos de 25 de mayo de 2000, así como el relativo al procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011⁹.

A nuestros efectos, a salvo de lo que diremos sobre este último como vía de control del cumplimiento de las exigencias derivadas del Convenio de la Convención, nos interesan principalmente las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* ("Reglas de Beijing")¹⁰, aunque también las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* ("Directrices de Riad")¹¹, así como *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* ("Reglas de La Habana")¹².

Se impone, sin embargo, una visión realista, que implica en primer lugar observar la lista de ratificaciones, en la que se puede observar la llamativa ausencia de Estados Unidos, lo cual siempre es una circunstancia obstativa importante para una plena aplicación de los derechos que nos ocupan. Bien es cierto que la firma o adhesión y ratificación de un convenio internacional no implica el estricto cumplimiento de sus disposiciones, por ello deberemos tener en cuenta las funciones atribuidas al Comité de Derechos del Niño (arts. 43-45 de la Convención), por las que recibe los informes periódicos sobre las medidas adoptadas por los Estados Parte para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre los progresos realizados en cuanto al goce de esos derechos. En ellos se ponen de manifiesto las circunstancias y dificultades de cada uno de los Estados

⁶ GOONESEKERE, S., "Introduction and overview", *Protecting the World's Children. Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems*, Cambridge University Press, New York, 2007, p. 2.

⁷ BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002.

⁸ BOE núm. 92, de 17 de abril de 2002.

⁹ BOE núm. 27, de 31 de enero de 2014.

¹⁰ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

¹¹ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

¹² Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

obligados. A partir de tales informes, el Comité presenta bianualmente un informe sobre sus actividades a la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social, y también formula sugerencias y recomendaciones generales que se transmiten a los Estados interesados y a la Asamblea General, y que son de gran interés para nuestro estudio.

III. EL IMPRESCINDIBLE EXCURSO EUROPEO

Tras largo tiempo de reflexiones y discusiones en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea¹³, finalmente vio la luz la *Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*¹⁴, que establecía el límite temporal del 11 de junio de 2019 para que los Estados miembros adaptaran su normativa en consecuencia, informando seguidamente a la Comisión Europea, la cual a más tardar el 11 de junio de 2022 deberá presentar un informe de evaluación sobre las medidas adoptadas, en especial sobre la aplicación de la asistencia letrada como derecho de los menores sospechosos o acusados.

En efecto, a partir de una propuesta de la Comisión¹⁵ se planteó el establecimiento de unas normas mínimas comunes, como expresión de la finalidad de aproximación legislativa en el Espacio judicial europeo, en esta ocasión dirigidas específicamente a asegurar un denominador común respecto a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en procesos penales y de los menores sujetos a procedimientos relativos a la orden de detención europea (*Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo*). De este modo, las instituciones

¹³ Ya el *Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (DOUE C 115 de 4 de mayo de 2010) pretendía el refuerzo de los derechos de las personas en los procesos penales, intención que tardó en dar sus frutos en forma de distintas directivas dirigidas a armonizar diversos aspectos de las garantías procesales mínimas exigibles en el territorio de la Unión Europea. Esta directiva no es sino una necesaria especificación para esos imputados especiales que son los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años y, por tanto, no susceptibles de ser sometidos a los procesos penales de adultos.

¹⁴ DOUE L 132 de 21 de mayo de 2016.

¹⁵ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, COM (2013) 0822 final.

europas lograron aprobar un catálogo normativo dirigido a asegurar que, en el ámbito de los Estados miembros, los menores de dieciocho años comprendan los hechos que se les atribuyen y las actuaciones procesales que se desarrollan respecto a ellos, y en definitiva, que pueda verse garantizado su derecho a un juicio justo, a la vez que se puedan cumplir los fines penales de prevención de la reincidencia y de fomento de la inserción social de los menores, lo cual a su vez facilita la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales¹⁶.

En realidad, la propia Directiva (UE) 2016/800 proclama su estrecha relación con el aludido principio, cuando reconoce que tiene la finalidad de reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuir de este modo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal¹⁷, buscando complementar las normas generales del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que vinculan a todos los Estados miembros de la Unión Europea, pero que se estiman insuficientes para alcanzar el grado de confianza entre los diversos sistemas penales de los Estados miembros.

Se parte, en esta regulación, de la constatación de que los menores sospechosos o acusados en procesos penales deben recibir una atención especial para

¹⁶ Tal vez no esté de más recordar que en una de las primeras disposiciones por las que se empezó a configurar el amplio acervo de aplicación del principio de reconocimiento mutuo, planteando una serie de cuestiones previas, la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal*, de 26 de julio de 2000, COM(2000) 0495 final, señalaba ya lo siguiente: “Las normas sobre el trato penal a menores e incapacitados mentales varían mucho entre los Estados miembros. Dada la situación, las resoluciones que afecten a tales personas serían muy difíciles de reconocer, por lo que podría considerarse excluir tales resoluciones del alcance del reconocimiento mutuo, al menos de momento. En cuanto a la cuestión de quién debe considerarse menor, parece poco realista esperar que los Estados miembros acepten una solución simplista como definir al menor como toda persona de menos de 18 años. Parece más prometedor prever una solución flexible, como reservar el derecho de que los Estados miembros no reconozcan las resoluciones que afecten a menores, dejando así al Estado miembro afectado la definición de menor. Sin embargo tendría que introducirse una edad máxima”.

¹⁷ Añade, a su vez, que dichas normas mínimas comunes deben suprimir también los obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos en el territorio de los Estados miembros.

preservar su potencial de desarrollo y reinserción social, de ahí la necesidad de consolidar la vigencia de unas normas específicas. Sin embargo no sólo para menores de dieciocho años, ya que la propia Directiva prevé la aplicación, por lo menos de algunas disposiciones contenidas en ella, también a los sospechosos o acusados en procesos penales y a las personas buscadas que fueran menores en el momento en que quedaron sujetas a dichos procesos, pero hayan alcanzado posteriormente la edad de 18 años, y cuando su aplicación resulte adecuada habida cuenta de todas las circunstancias del caso, entre ellas la madurez y la vulnerabilidad de la persona de que se trate¹⁸.

Claramente la Directiva considera "menor" a toda persona de menos de dieciocho años (art. 3), pero la regulación concreta sobre el modo de determinar la edad de los menores se deja a los Estados miembros, no sin ofrecerles unas directrices para ello: deben partir de las declaraciones de los propios menores, de la comprobación del estado civil, de investigaciones documentales, de otras pruebas y, si no se dispone de tales pruebas o no resultan concluyentes, de un reconocimiento médico; pero tal reconocimiento se admite sólo como último recurso respetando estrictamente los derechos del menor así como su integridad física y dignidad humana, y para el caso de que persistan dudas sobre la edad de la persona, debe presumirse que es menor¹⁹.

¹⁸ Sin embargo, es pertinente recordar el supuesto de que, en el momento de convertirse en sospechosa o acusada en un proceso penal, una persona haya alcanzado los 18 años de edad, pero la infracción penal se haya cometido cuando la persona era menor, para cuyo caso se insta a los Estados miembros a aplicar las garantías procesales destinadas a menores hasta que la persona cumpla la edad de 21 años, al menos en lo que respecta a las infracciones penales cometidas por el mismo sospechoso o acusado y que se investiguen y juzguen conjuntamente por estar inextricablemente ligadas a infracciones penales por las que se hubiese iniciado un proceso penal contra dicha persona antes de que cumpliera la edad de 18 años. No es exactamente el supuesto previsto en el artículo 4 de la redacción originaria de la Ley Orgánica 5/2000, de aciaga vigencia, por sus sucesivas prórrogas y su pretendida derogación antes de que iniciara su vigencia. El supuesto de la ley española se aplicaba, con determinadas condiciones, a quienes hubieren cometido la infracción siendo mayores de dieciocho años y menores de veintiuno (art. 69 CP), mientras que la Directiva se refiere a hechos cometidos antes del cumplimiento de los dieciocho años.

¹⁹ Respecto a esta cuestión, es preciso recordar las numerosas resoluciones que recientemente ha emitido el Comité de Derechos del Niño en contra de España sobre la cuestión de la determinación de la edad de niños migrantes no acompañados, por estimar que no llevaron a cabo procedimientos adecuados para la determinación de la edad. Más adelante trataremos de esta cuestión más en concreto.

Por otro lado, se dispone que la Directiva no debe aplicarse a algunas infracciones leves, salvo que el menor sospechoso o acusado sea privado de libertad (art. 2.6). La referencia es a algunos Estados miembros en donde se consideran infracciones penales ciertas leves como algunas de tráfico, de ordenanzas municipales generales y de orden público, en relación con las cuales se estima que no sería razonable garantizar todos los derechos previstos en la Directiva²⁰.

IV. LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA JUSTICIA DE MENORES

1. En la Convención de Derechos del Niño

Es, en concreto, el extenso artículo 40 de la Convención de Derechos del Niño el que concentra inicialmente nuestra atención, porque marca el catálogo de elementos fundamentales de naturaleza jurídico procesal a tener en cuenta, aunque en un sentido más bien como configuración de principios informadores de la justicia juvenil.

Así pues, la alegación de la comisión de una infracción criminal por parte de un niño, niña o adolescente debe implicar un tratamiento atento a la dignidad y el valor del sujeto, que, desde la perspectiva jurídico-penal fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de las demás personas y tenga en cuenta la edad y la necesidad de promover la integración social del niño e, incluso, que éste pueda asumir una función constructiva en la sociedad. Son consideraciones normativas de naturaleza más bien penal material, que sin embargo deben tener también consecuencias en la conformación del propio proceso. Tales efectos son, básicamente, los siguientes:

- La presunción de inocencia,
- El derecho a ser informado de la imputación,

²⁰ “Sin perjuicio del derecho a un juicio justo, con respecto a las infracciones leves: a) cuando el Derecho de un Estado miembro contemple la imposición de una sanción por parte de una autoridad distinta de un órgano jurisdiccional con competencia en materia penal, y de que la imposición de tal sanción pueda ser objeto de recurso ante ese tipo de órgano jurisdiccional o ser remitida a él, o b) cuando no pueda imponerse una sanción de privación de libertad, la presente Directiva se aplicará únicamente a los procedimientos ante un órgano jurisdiccional con competencia en materia penal. En cualquier caso, la presente Directiva será de plena aplicación cuando se haya privado de libertad al menor, independientemente de la fase en que se encuentre el proceso penal”.

- El derecho de defensa letrada,
- El derecho a una justicia expedita,
- El derecho a un órgano independiente e imparcial,
- El derecho a una audiencia equitativa de conformación legal,
- El derecho a no ser obligado a declarar, ni a confesarse culpable,
- El derecho de contradicción respecto a los testigos,
- El derecho de recurso,
- El derecho a la asistencia jurídica de intérprete,
- El derecho al respecto a la vida privada a lo largo de todo el procedimiento²¹.

Por su parte, se encomienda directamente a los Estados el establecimiento de medidas apropiadas para el establecimiento de leyes específicas, procedimientos especiales y órganos concretos para estos menores sospechosos, con expresa referencia a dos puntos fundamentales para nuestro estudio: en primer lugar, la necesaria determinación de una edad mínima por debajo de la cual no puede haber imputabilidad penal, y por tanto, no existe legitimación como sujeto pasivo de proceso penal alguno; y, en segundo lugar, en la medida de lo posible, la exigencia de adoptar medidas que eviten el sometimiento de estos menores a procedimientos judiciales, por tanto, en términos más cercanos a nuestra especialidad, la amplia aplicación de criterios de oportunidad²².

²¹ De ahí son fácilmente deducibles las líneas maestras de la justicia de menores conforme a las Naciones Unidas, con lo que es cierta la afirmación de SANZ HERMIDA, Á., *El nuevo proceso penal del menor*, Eds. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, p. 72, cuando dice que: “En el seno de las N.U. no se ha procedido al establecimiento de un sistema cerrado de justicia de menores sino que, por el contrario, tan solo se esbozan las garantías mínimas y líneas a seguir en esta parcela jurídica, dejándose un importante margen de operatividad a los Estados en cuanto a su configuración concreta en cada ordenamiento”.

²² Se complementan tales preceptos, en el apartado cuarto del artículo 40, con la exigencia de prever diversas medidas que sustituyen, para el ámbito de los niños, niñas y adolescentes infractores, las penas aplicables a los adultos condenados. A título ejemplificativo el propio precepto menciona el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción. Se trata, por tanto, de cuestiones de fondo, que naturalmente tienen su directo reflejo en el ámbito de la ejecución procesal. Como con claridad afirma RICCIOTTI, R., *La giustizia penale minorile*, 3.ª ed., Cedam, Padova, p. 8: “Il diritto penale minorile conferisce al giudice numerosi strumenti di adeguamento della disciplina sanzionatoria

2. En las Reglas de Beijing

Por su parte, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* desarrollaron notablemente el catálogo proclamado en la Convención, aunque parten de algunos principios generales centrados en la persona del menor²³ y de la actuación preventiva para reducir al mínimo la necesidad de acudir a la justicia de menores y a un continuo perfeccionamiento de esta última, de acuerdo con una política social progresiva.

Se estimula la promulgación de normas específicas para los “menores delincuentes” y se ofrece una regulación modelo mínima, independientemente del sistema de tratamiento de que se trate en cada ordenamiento. En ellas, además del principio de bienestar del menor, debe operar el principio de proporcionalidad en la aplicación de las medidas que se prevean, teniendo en cuenta no sólo la gravedad del delito, sino también las circunstancias personales. Cabe destacar la necesidad de facultar un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las distintas fases del proceso de menores, con la preparación específica suficiente por parte de quienes las ejerzan.

En cuanto a los derechos de los menores sometidos al correspondiente sistema de justicia se alude a las garantías procesales básicas, pero no de un modo exhaustivo: “... tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior”. Son garantías genéricas aplicables todas ellas también en el proceso de adultos, pero se añaden algunas referencias más concretas, como la de

alla personalità e alle esigenze dei minorenni. Sono previsti strumenti giuridici volti a *evitare la condanna o l'esecuzione della pena*, strumenti *per attenuare la pena da infliggere*, strumenti *per ridurre la durata della pena inflitta*, strumenti *per rendere meno afflittiva l'espiazione della pena*, strumenti *per rendere meno gravi le conseguenze della condanna*” (cursiva en el original).

²³ La promoción del bienestar y de la salud; el fomento del desarrollo personal y la educación; la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad; la justicia de menores como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país; la aplicación según el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales que predominen en cada Estado...

proteger particularmente la intimidad de los menores en todas las etapas del proceso y la evitación de publicar información alguna que permita la identificación del menor.

Cada vez que un menor sea detenido, la detención se debe notificar inmediatamente a sus padres o a su tutor. Sin demora, quien sea competente debe examinar la posibilidad de poner en libertad al menor. La prisión provisional sólo cabe como último recurso y durante el plazo más breve posible. Además, en todo caso, incluso de delitos graves, se insta a examinar la posibilidad de tratar a los menores sospechosos sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente, aplicando los criterios discrecionales previstos en cada ordenamiento²⁴, todo ello para evitar los efectos nocivos que se pueden derivar del sometimiento del menor al proceso penal.

En los supuestos en que no se haya desviado discrecionalmente el tratamiento a los menores imputados, serán puestos a disposición de la autoridad competente, que deberá conocer del asunto en un proceso imparcial y equitativo, que favorezca los intereses del menor, en un ambiente de comprensión y participación, en el que se les permita expresarse libremente. Se reconoce el derecho del menor a un asesor jurídico durante todo el proceso; también los padres o tutores tienen derecho a participar, salvo que existan motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor. De gran interés es la referencia a que antes de cualquier resolución definitiva debe realizarse una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.

Se destaca, asimismo, la importancia de la tempestividad de la respuesta procesal, que no difumine la relación entre la infracción criminal, el procedimiento mismo y la resolución que pueda recaer. El tiempo para un menor de edad transcurre de manera distinta que para los adultos, por consiguiente la rapidez en la tramitación es aún de mayor relevancia que en los procesos para mayores. Una exigencia específica más es la relativa a la actuación de personal

²⁴ La regla 11.3 establece que “Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite”.

especializado y capacitado, para lo cual deben organizarse vías de formación y de puesta al día²⁵. Se prevé, por otro lado, la conveniencia de proporcionar a los menores, en todas las etapas del procedimiento, asistencia en materia de alojamiento, enseñanza o capacitación profesional, empleo o cualquiera otra forma de asistencia, útil y práctica, para facilitar el proceso de rehabilitación.

Como es fácilmente visible, las reglas mínimas pecan de la generalidad propia de un texto de *soft law*, que no obstante pretende ser una regulación universal, aplicable cualquiera que sea el sistema concreto en que se determine el tratamiento de los menores sospechosos o acusados, y aún con la previsión de garantías procesales fundamentales, éstas aparecen incompletas y con una formulación global lejana a cualquier regulación de un proceso penal con marcadas finalidades socioeducativas, por el cual optó nuestro legislador y el de los países de nuestro entorno cultural.

3. En la Directiva (UE) 2016/800

Una perspectiva muy distinta es la que se desprende de la Directiva UE (UE) 2016/800, como es lógico por el ámbito en el que se crea y también por la finalidad que se persigue²⁶, en el contexto de la aproximación normativa en el Espacio judicial europeo. Se trata, por tanto, de una regulación que, a pesar de su inevitable generalidad, pues se dirige a numerosos ordenamientos, supone una ampliación vinculante de derechos respecto a las exigencias internacionales que ya obligan a todos los Estados miembros.

²⁵ Se estima indispensable que todas estas personas tengan siquiera una formación mínima en materia de derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento.

²⁶ Se establece que esta Directiva debe aplicarse teniendo en cuenta las disposiciones de las Directivas 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y 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 de 2016, sin embargo, establece nuevas garantías complementarias en lo relativo a la información que debe facilitarse al menor y al titular de la patria potestad a fin de tener en cuenta las necesidades y vulnerabilidades específicas de los menores.

En primer lugar, se destaca el derecho a la información, pues los menores deben ser informados de su condición de sospechosos o acusados²⁷ y de sus derechos, así como de los aspectos generales del proceso. Los derechos deben ser puestos en conocimiento con prontitud, cuando se trate de informar al titular de la patria potestad, del derecho a la asistencia letrada, del derecho a la protección de la vida privada, del derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad, del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Cuando se entienda adecuado, en la fase más temprana del proceso, respecto al derecho a una evaluación individual y a un reconocimiento médico y a la asistencia médica, del derecho a la limitación de la privación de libertad y al uso de medidas alternativas, así como del derecho a la revisión periódica de la privación de libertad, del derecho a estar presente en el juicio y del derecho a vías de recurso alternativas. Por su parte, en el momento de la privación de libertad, del derecho a un trato específico. Naturalmente, el ejercicio de este derecho a obtener información no tendría eficacia alguna si no se desarrolla a través de un lenguaje sencillo y accesible.

En los artículos sucesivos se proclaman sucesivamente los derechos cuya información se exige en el artículo cuarto de la Directiva. Así el derecho del menor a que el titular de la patria potestad sea informado cuanto antes, salvo que ello se considere contrario al interés superior del menor, no sea posible localizarlo o no sea conocido, o pueda comprometer seriamente el proceso penal (en estos casos se informará a otro adulto más adecuado).

Se garantiza el derecho a la asistencia letrada de modo que puedan ejercer de forma efectiva el derecho de defensa, sin demora indebida²⁸. Pero cabe establecer excepciones a tenor del distinto grado de gravedad de la infracción

²⁷ Por supuesto, no es lo mismo ser informados de la imputación que de la acusación. Es importante que al menor se le informe, de una manera que lo vaya a entender, de los hechos que se le atribuyan en un momento procesal en que pueda defenderse, a través de su abogado, en la fase de investigación, y no sólo ante un escrito de acusación, que le pueda abocar al juicio, aunque en el procedimiento de que se trata no se llame "escrito de acusación", ni "juicio", como ocurre en la Ley Orgánica 5/2000.

²⁸ En cualquier caso, antes de que sean interrogados por la policía u otras autoridades policiales o judiciales; en el momento en que las autoridades de investigación u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas, o, habiendo sido citados a personarse ante un órgano jurisdiccional competente en materia penal, con la suficiente antelación antes de que se presenten ante dicho órgano jurisdiccional.

cometida, de la complejidad del caso o de las medidas a aplicar. Se debe respetar la confidencialidad de las comunicaciones entre el menor y su abogado. La asistencia letrada debe incluir la entrevista privada con el abogado y la comunicación con él, incluso antes del interrogatorio policial, la posibilidad de asistencia letrada durante el interrogatorio y que el abogado pueda intervenir durante el mismo y en las ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de hechos²⁹.

Especialmente interesante es el derecho a una evaluación individual, como ya se había previsto para las víctimas con necesidad de protección especial en la Directiva 2012/29/UE. Todo ello en el contexto de satisfacer las necesidades específicas de los menores en materia de protección, educación, formación e inserción social. Tal evaluación individual debe tener en cuenta, en particular, la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, así como cualquier vulnerabilidad específica que pueda tener el menor. La concreción de estos análisis debe servir para determinar si procede adoptar alguna medida específica, para evaluar la adecuación y efectividad de las eventuales medidas cautelares, así como para la adopción de decisiones o medidas en el proceso penal. Estas evaluaciones las deben llevar a cabo personas cualificadas que apliquen, en la medida de lo posible, un enfoque multidisciplinario, con la participación, en su caso, del titular de la patria potestad o de otro adulto adecuado o de profesionales especializados.

El derecho a un reconocimiento médico se atribuye a los menores privados de libertad, con objeto de evaluar, sin dilación indebida, su estado físico y mental general, de la manera menos invasiva posible y por un médico u otro profesional cualificado. Los resultados del reconocimiento médico deben tenerse en cuenta al determinar la capacidad del menor para someterlo a un interrogatorio, a otras medidas de investigación o de obtención de pruebas, o a cualquier medida adoptada o prevista contra él.

²⁹ Cuando concurra una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o bien una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de investigación para evitar comprometer seriamente el proceso penal en relación con una infracción penal grave, puede admitirse la excepción temporal a este derecho y solo antes de llegar a juicio.

En cuanto a la declaración del menor ante la policía, se exige que sea grabada por medios audiovisuales, cuando ello sea proporcionado en las circunstancias concretas del caso; en caso de imposibilidad, se dejará constancia del interrogatorio por otros medios adecuados. Es delicada tal declaración respecto a su valor probatorio, ya que no se trata de una declaración judicial, sino policial. Por tal razón, en nuestra opinión no debería considerarse prueba preconstituida, ni mucho menos, prueba anticipada³⁰.

En cuanto a las privaciones de libertad destacan algunas normas, incluida la conveniencia de aplicar medidas alternativas cuando sea posible. Explícitamente se establece que se debe considerar como último recurso y, en su caso, debe imponerse por medio de una decisión motivada, sujeta a revisión periódica³¹. La privación debe durar el menor tiempo posible, teniendo en cuenta la edad y la situación individual del menor, así como las circunstancias particulares del caso. Además, se incluye la exigencia de la separación entre menores detenidos y adultos, salvo circunstancias que aconsejen lo contrario, incluso una vez cumplida la mayoría de edad. Hay un discutible portillo de flexibilización respecto a la posibilidad de mantener detenidos a menores junto a adultos jóvenes, pues no se limita a adultos que hayan cometido las infracciones criminales durante su minoría de edad.

La tramitación rápida y diligente está prevista también, así como que los menores sean tratados siempre de manera que se proteja su dignidad y de un modo que sea adecuado a su edad, madurez y nivel de comprensión, y teniendo en cuenta cualesquiera necesidades especiales que puedan tener, incluidas las posibles dificultades de comunicación. La protección de la vida privada durante los procesos penales también se proclama como derecho a proteger; para ello

³⁰ Al respecto, es importante tener en cuenta las diferenciaciones conceptuales de MARTÍN RÍOS, R., *La prueba anticipada en el proceso penal*, Editorial Astigi, Sevilla, 2021.

³¹ Respecto a los menores que estén detenidos, los Estados miembros deben adoptar las medidas adecuadas para:

- a) garantizar y salvaguardar su salud y su desarrollo físico y mental;
- b) garantizar su derecho a la educación y la formación, también en el caso de menores con discapacidades físicas, sensoriales o intelectuales;
- c) garantizar el ejercicio regular y efectivo de su derecho a la vida familiar;
- d) garantizar el acceso a programas que fomenten su desarrollo y su reinserción social; y
- e) garantizar el respeto de su libertad de religión o creencias.

las vistas se deben celebrar, por regla general, sin presencia de público o debe permitirse a los órganos jurisdiccionales la decisión de que se celebren sin presencia de público.

Debe asegurarse el derecho del menor a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso, o por otro adulto adecuado designado por el menor y aceptado como tal por la autoridad competente, en las circunstancias ya aludidas más arriba. No sólo en las vistas, sino en todas las actuaciones en las que la presencia de dicha persona no perjudica al curso normal del proceso penal. Pero, sobre todo, se proclama el derecho del menor a estar presente y participar de manera efectiva en su propio juicio, incluida la posibilidad de ser oídos y de expresar su opinión. Además, se les debe asegurar el derecho a asistencia jurídica gratuita y el derecho a disponer de alguna vía de recurso en el Derecho nacional para recabar la aplicación de los derechos contenidos en la Directiva.

No es menos importante la preocupación de las autoridades europeas por procurar la debida formación específica al personal de las autoridades policiales y de los centros de detención que traten asuntos relacionados con menores, en materia de derechos de los menores, técnicas de interrogatorio adecuadas, psicología infantil y comunicación en un lenguaje adaptado al menor³². También, por supuesto, los jueces y fiscales que tengan competencias en estos procesos penales relacionados con menores. Así como los abogados que ejerzan su profesión en ellos³³.

4. En la Observación general núm. 24 (2019)

La *Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil* sustituye a la anterior núm. 10 (2007) sobre la misma materia. Prácticamente en el frontispicio de este texto aprobado por el Comité

³² Sobre la perspectiva psicológica puede ser interesante ver: puede ser interesante ver: *Youth on Trial. A Developmental Perspective on Juvenile Justice* (Ed. T. Grisso and R.G. Schwartz), The University Chicago Press, Chicago and London, 2000.

³³ Se dispone, además, que “A través de sus servicios públicos o mediante la financiación de organizaciones de apoyo a los menores, los Estados miembros fomentarán iniciativas que permitan a las personas que prestan servicios de apoyo a los menores y servicios de justicia reparadora recibir la formación adecuada, de un nivel que sea el adecuado al tipo de contacto que mantienen con los menores, y cumplir las normas profesionales que garantizan que tales servicios se prestan de manera imparcial, respetuosa y profesional”.

de los Derechos del Niño³⁴, y basándose en la constatación de que “los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico”, justifica la aplicación de un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Pero, a la vez, es consciente de que “el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños”. De este modo, surge de nuevo la gran paradoja de la regulación sobre justicia juvenil: la dosis de proceso de menores debe ser la menor indispensable, por mucho que cuando se deba aplicar se aplique con todas las garantías y atendiendo a las necesidades específicas derivadas del interés superior del menor.

No es de extrañar que la Observación general al referirse a los “elementos fundamentales de una política integral de justicia juvenil”, inicie su exposición con unas consideraciones sobre la prevención de la delincuencia infantil, partiendo de las investigaciones por las que se confirma que los programas intensivos de tratamiento basados en la familia y en la comunidad, al introducir cambios positivos en los diversos sistemas sociales, reducen el riesgo de que los niños entren en los sistemas de justicia juvenil. Se confirma que “existe una correlación entre la inversión realizada en la atención y la educación de los niños en primera infancia y unas tasas más bajas de violencia y delincuencia en el futuro”.

Con respecto a quienes ya han alcanzado la edad mínima para la responsabilidad penal se contemplan intervenciones que eviten tener que acceder a procedimientos judiciales, promoviendo que sean estas vías por las que se derivan los “asuntos fuera del sistema de justicia penal oficial”, las aplicadas en la mayoría de los casos, como forma preferida de tratar con los niños, es decir, a través de medidas extrajudiciales. Pero para la aplicación de tales medidas, es de gran interés resaltar que se exige previamente la existencia de pruebas convincentes de que el niño ha cometido el delito que se le atribuye, de que reconoce su responsabilidad libre y voluntariamente, sin intimidación ni presiones, y de que este reconocimiento no se utilizará contra el niño en ningún procedimiento judicial posterior. Aunque la consciencia y la voluntad del menor sea fundamental³⁵, no parece que sea suficiente con su mera confesión, ya que deben concurrir

³⁴ Comité de los Derechos del Niño. 18 de septiembre de 2019. CRC/C/GC/24.

³⁵ Se exige que el consentimiento se base “en una información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y en la comprensión de las consecuencias que afronta si no coopera o si no completa la ejecución de esta”.

“pruebas convincentes” de su responsabilidad penal. Se nos sitúa, no obstante, respecto a la presunción de inocencia, en otra situación paradójica, propia de la aplicación de cauces extraprocesales de resolución de controversias penales: pues si no hay proceso no puede haber práctica formalizada de la prueba, por tanto la “prueba convincente” no parece ser otra cosa que un *fumus*, una apariencia respecto a los hechos y a su atribución al niño, niña y adolescente al que evitamos someter a un proceso penal. Naturalmente, por estas vías extrajudiciales no se permite la privación de libertad.

Si la vía que se debe seguir es la del sistema institucional de justicia juvenil, no por ello deben excluirse muchas de las medidas que se suelen aplicar por las vías extrajudiciales³⁶, por tanto se deben ofrecer “amplias oportunidades para aplicar medidas sociales y educativas y limitar estrictamente el uso de la privación de libertad, desde el momento de la detención, a lo largo de todo el procedimiento y en la sentencia”³⁷.

En todo caso, aún en las intervenciones a través de vías jurisdiccionales, en las que deben aplicarse naturalmente las garantías procesales convencionales y constitucionales, las medidas sociales y educativas y la limitación a lo imprescindible de la privación de libertad, siguen teniendo un protagonismo fundamental. Ello exige una organización específica que exige un esfuerzo financiero amplio, que no siempre es constatable en la práctica.

³⁶ Conforme se dispone en el párrafo 72: “La decisión de llevar a un niño ante el sistema de justicia no significa que deba pasar por un proceso judicial formal. Conforme a las observaciones formuladas en la sección IV.B, el Comité destaca que las autoridades competentes –la fiscalía, en la mayoría de los Estados– deben considerar siempre las posibilidades de evitar un proceso judicial o una sentencia condenatoria, recurriendo a medidas extrajudiciales o de otra índole. En otras palabras, desde que se entra en contacto con el sistema judicial, antes de que comience el juicio, deben ofrecerse las opciones de medidas extrajudiciales, que deben estar disponibles durante todo el proceso. Al ofrecer dichas medidas, deben respetarse plenamente los derechos humanos del niño y las salvaguardias jurídicas, teniendo en cuenta que el carácter y la duración de tales medidas pueden ser exigentes y que, por lo tanto, se necesita asistencia jurídica u otro tipo de asistencia apropiada. Las medidas extrajudiciales deben presentarse al niño como una forma de suspender el proceso judicial oficial, al que se pondrá fin si el programa correspondiente a tales medidas se ha llevado a cabo de manera satisfactoria”.

³⁷ Se refiere a medidas como “las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación obligatoria y la posibilidad de una puesta en libertad anticipada”.

Son destacables las consideraciones respecto a la edad y los sistemas de justicia juvenil, que no están lejanas de algunos problemas por los que ha atravesado nuestro propio país. Por supuesto, se insiste en la necesidad de establecer una edad mínima por debajo de la cual no habrá posibilidad de exigencia de responsabilidad penal. Tras la Convención de Derechos del Niño ha habido una clara elevación de esa edad mínima en diversos países, siendo la más común la que rige en el ordenamiento español, por tanto los 14 años; pero aún hay Estados que mantienen una edad mínima que se considera inaceptable teniendo en cuenta el nivel de desarrollo infantil, por mucho que se trate de delitos graves³⁸. Los problemas han venido, sin embargo, respecto a la inexistencia de “pruebas de edad”, es decir, en los casos en que se dude sobre la edad exacta del sujeto sospechoso, y no haya ninguna referencia documental a la que acogerse. Volveremos a este punto más adelante, pero en la Observación general se acoge la regla general sobre conceder el beneficio de la duda y, por tanto, no someterlo al proceso penal de adultos³⁹. A su vez, se critica a aquellos sistemas que establecen dos edades mínimas de responsabilidad penal, por considerarse un portillo para prácticas discriminatorias injustificadas desde la perspectiva del desarrollo del niño⁴⁰.

Con respecto al proceso jurisdiccional respecto a menores, se destaca la necesidad de formación continua y sistemática de los profesionales del sistema de

³⁸ En el apartado núm. 22, la Observación general añade: “... las pruebas obtenidas en los ámbitos de desarrollo y la neurociencia indican que los cerebros de los jóvenes continúan madurando incluso más allá de la adolescencia, lo que afecta a ciertos tipos de toma de decisiones”. De ahí que se aplauda incluso la fijación de una edad mínima más alta, en los 15 o 16 años. Permítansenos, en este punto, remitir a quien esté interesado a mi estudio “Sobre el porqué del proceso penal del menor como un proceso específico”, en *Derecho y Proceso. Francisco Ramos Méndez (Liber Amicorum)*, Vol. I. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 463-485.

³⁹ Como se verá, los casos en que España ha sido amonestada por el Comité de Derechos del Niño se refieren no a ese límite de edad mínima, sino al límite de edad máxima, por tanto al que separa la exigencia de responsabilidad criminal a través de las normas procesales de menores y aquellas aplicables a los adultos. Dejemos aquí expuesto que la Observación General afirma: “Los Estados deben abstenerse de utilizar únicamente métodos médicos basados, entre otras cosas, en análisis óseos y exámenes odontológicos, que a menudo son imprecisos, ya que tienen amplios márgenes de error, y pueden ser también traumáticos. Debe aplicarse el método de evaluación menos invasivo. En caso de pruebas no concluyentes, el niño o el joven deben tener el beneficio de la duda”.

⁴⁰ Por su parte, por lo que se refiere al límite de edad máxima, la Observación general encomia a aquellos Estados que permiten la aplicación de la justicia juvenil a personas de dieciocho años o más.

justicia juvenil, que les permita estar bien informados sobre el desarrollo físico, psicológico, mental y social de los niños y los adolescentes, así como sobre las necesidades especiales de los niños más marginados⁴¹. Y se enumeran, con un escueto desarrollo, diversas garantías aplicables a estos procesos. Daremos cuenta de las que tienen más directa relevancia procesal: la presunción de inocencia, el derecho a ser escuchado directamente –a pesar de su derecho a guardar silencio y a que no se infieran conjeturas negativas de ese silencio–, la participación efectiva en los procedimientos, la información sin demora y directa de la imputación, la asistencia jurídica u otra apropiada⁴², la obtención de resoluciones en el tiempo más breve posible y con la intervención de los padres o tutores, el derecho a no ser obligado a declararse culpable, el derecho a interrogar a los testigos de cargo y a solicitar la declaración de testigos de descargo, el derecho de recurso, la asistencia gratuita de intérprete y el pleno respeto a la vida privada.

Respecto a la privación de libertad, el Comité insta a que las leyes contengan una amplia variedad de medidas no privativas de libertad, así como a dar prioridad expresa a tales medidas, de modo que la privación de libertad se utilice sólo como último recurso y durante el período más breve que proceda⁴³. Conviene subrayar la necesidad de que todo menor privado de libertad debe ser puesto a disposición de la autoridad competente en el plazo de 24 horas –no se dice expresamente que sea jurisdiccional, lo cual entendemos que es un grave error; otro error es no explicitar que ese debe ser un plazo máximo, no una regla general que implique agotarlo sistemáticamente–.

⁴¹ Ello implica necesarias consecuencias desde el punto de vista organizativo, como destaca la Observación general en el apartado 106: “Un sistema integral de justicia juvenil requiere el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al niño asistencia letrada u otro tipo de asistencia adecuada”.

⁴² Llama la atención al Comité “que muchos niños sean acusados de delitos ante las autoridades judiciales, administrativas o de otro tipo, y se vean privados de libertad, sin contar con representación letrada”. Desde la perspectiva española, en tanto el representante procesal sea el procurador, no cabe confundir la asistencia letrada por abogado con la “representación letrada”. Por otro lado, nos parece preocupante que se admitan las renunciaciones a la asistencia letrada por parte del menor, por mucho que se limiten a los casos en que sean voluntarias y bajo supervisión judicial imparcial.

⁴³ En el apartado 86 se manifiesta: “El Comité observa con preocupación que, en muchos países, hay niños que se consumen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que infringe gravemente el artículo 37 b) de la Convención”.

5. En la Observación general núm. 25 (2021)

En la Observación general relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital hay algunas referencias importantes respecto al acceso a la justicia que no podemos pasar por alto. El contexto digital coloca al menor en una situación específica, pero compleja, pues puede tanto ser víctima como victimario de infracciones delictivas y, por consiguiente, tiene una serie de derechos particulares relacionados con la aplicación de las tecnologías digitales, por ejemplo –siguiendo el apartado 14– “cuando los niños se ven obligados a revelar actividades delicadas o privadas en línea, o cuando temen represalias por parte de sus iguales o la exclusión social”.

Es fundamental que se disponga de instrumentos para la protección de tales derechos⁴⁴. Aunque muchas de las previsiones se refieren a los niños cuyos derechos han sido vulnerados en el entorno digital o a través de este, pues “las tecnologías digitales aportan una complejidad adicional a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra niños, que pueden ser de carácter transnacional”⁴⁵, hay que considerar también aquellas referencias a los menores sospechosos o acusados de la infracción de las leyes contra la ciberdelincuencia.

De nuevo aquí se destaca la importancia de la prevención y de la aplicación de medidas alternativas a la justicia penal, pero además se demuestra una loable preocupación por la mayor vulnerabilidad de los derechos “a la privacidad, a la dignidad y a la libertad de asociación”⁴⁶, entre otros, en la utilización de las tecnologías digitales, los mecanismos de vigilancia, como los programas de reconocimiento facial, y la elaboración de perfiles de riesgo, instrumentos destinados a la prevención, investigación y enjuiciamiento de delitos.

Pero aún hay otra consideración de interés relativa a la digitalización de los procesos, en la medida que la aplicación de tales avances tecnológicos pueda

⁴⁴ En una consideración programática insta la Observación General a que los mecanismos de denuncia e información sean gratuitos, seguros, confidenciales, receptivos, adaptados a los niños y disponibles en formatos accesibles.

⁴⁵ Así, en el apartado 47 se insta a los Estados Partes a impartir formación especializada a los agentes del orden, a los fiscales y a los jueces en relación con las vulneraciones de los derechos del niño específicamente relacionadas con el entorno digital, entre otras formas mediante la cooperación internacional.

⁴⁶ Extraña sin duda esta última referencia.

dar lugar a una falta de contacto personal con los niños que pueda repercutir negativamente en las medidas de justicia rehabilitadora y restaurativa en las cuales el desarrollo de relaciones con el niño sea central. Por ello se insta a que, en tales casos –y también cuando los menores estén privados de libertad–, se prevean maneras de asegurar el contacto personal para facilitar la participación de los niños en el proceso, pudiendo propiciar así la finalidad socioeducativa de las medidas que se les impongan.

V. NOVEDADES DESTACABLES

Del Informe del Comité de los Derechos del Niño presentado a la Asamblea General de la Naciones Unidas el 30 de abril de 2020⁴⁷, cumpliendo sus obligaciones bianuales, se obtiene una serie de datos de Derecho comparado que permiten adoptar una perspectiva global sobre los avances generales en cuanto a la aplicación de las garantías procesales en la justicia juvenil de los Estados vinculados a la Convención de Derechos del Niño⁴⁸. De hecho, hay una importante sección, dedicada explícitamente a los “progresos logrados” y a las “tendencias y desafíos del proceso de aplicación”, que debe ser objeto de nuestra atención. Por otra parte ilustraremos estas cuestiones con algunas referencias específicas a los avances en el Derecho de algunos diferentes Estados.

Parecen haber disminuido las preocupaciones por las dificultades en la recolección de datos por parte de los Estados miembros, que se expresaban en anteriores informes a la Asamblea General⁴⁹. Cabe destacar especialmente la revisión

⁴⁷ *Report of the Committee on the Rights of the Child on its 78, 79, 80, 81, 82, 83 and 84th Sessions*. General Assembly. Official Records. Seventy-fifth session. Supplement No.41 (A/75/41). New York, 2020.

⁴⁸ El 6 de marzo de 2020, conforme al Comité de los Derechos del Niño, había 196 Estados partes en la Convención sobre los Derechos del Niño. Según se afirma, se trata del instrumento de derechos humanos que más países han ratificado, a falta de solo uno, los Estados Unidos de América, para alcanzar la ratificación universal.

⁴⁹ Así, en el apartado 36 del *Informe del Comité de los Derechos del Niño* de las sesiones 72^a, 73^a, 74^a, 75^a, 76^a y 77^a. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 41 (A/73/41). Nueva York, 2018: “Por otra parte, los Estados partes de todas las regiones tienen dificultades para recopilar unos datos cualitativos y cuantitativos desglosados que los ayuden a localizar a los niños que se hallen en situación de vulnerabilidad y a elaborar y adoptar unas políticas y unos programas específicos para afrontar los problemas de estos niños”.

de la Observación General sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, tal como se ha expuesto anteriormente. A su vez, en la versión inglesa se utiliza la expresión “child justice” en lugar de “juvenile justice”⁵⁰, con el propósito de subrayar que los menores de dieciocho años son niños, en el sentido de la Convención. La idea fundamental es la prevención y la intervención temprana, además de la insistencia en la aplicación de medidas alternativas a los procesos jurisdiccionales, así como la ampliación del uso de medidas no privativas de libertad, asegurando que la privación de libertad sea una medida de último recurso.

La orientación basada en la ciencia del desarrollo y sus tendencias recientes adquiere una posición central en las consideraciones sobre la justicia de menores, con referencias específicas a la edad mínima, que no debería ser inferior a los catorce años. Respecto a los delitos especialmente graves, como la implicación en conflictos armados y casos de terrorismo, se resalta la necesidad de que los menores sospechosos sean tratados como víctimas del Derecho internacional, y de que se les apliquen, en consecuencia, medidas extrajudiciales dirigidas a la reintegración social. En ese contexto cobran una importancia particular los sistemas de justicia consuetudinaria, tribal o indígena, en los países en que funcionen estas jurisdicciones especiales.

Desde un punto de vista global, la celebración del trigésimo aniversario de la Convención permitió constatar la positiva evolución mundial hacia el reconocimiento de la titularidad de los derechos por parte de los niños, y no como objeto

⁵⁰ Como es sabido, en el ámbito del Consejo de Europa la expresión formulada es la de “Child-Friendly Justice”. Vid. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 November 2010 and explanatory memorandum*. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3

Como se expresa en este texto, la “child-friendly justice” alude a los sistemas de justicia que garantizan el respeto y la efectiva aplicación de todos los derechos de los niños al más alto nivel alcanzable, teniendo en cuenta los principios que allí se recogen y con la debida consideración al nivel de madurez del niño y a la comprensión de las circunstancias del caso. En particular, se refiere a la justicia accesible, adecuada a la edad, rápida, diligente, adaptada y enfocada a las necesidades y derechos del niño, respetuosa de los derechos del niño incluidos los derechos a un proceso justo (“due process”), a participar y a entender el procedimiento, al respeto a la vida privada y familiar y a la integridad y a la dignidad.

A este respecto vid. LIEFAARD, T., KILKELLY, U., “Child-friendly justice: past, present and future”, *Juvenile Justice in Europe* (Ed. Barry GOLDSON), Routledge, London and New York, 2019, pp. 57-73.

de paternalista caridad. Así como el establecimiento en casi todos los Estados vinculados a la Convención de Derechos del Niño, de leyes, políticas y prácticas dedicadas a los derechos de los niños. No son pocos, sin embargo, los restos que aún se presentan en el horizonte, tanto desde una perspectiva general como desde la consideración de los ordenamientos de los distintos Estados.

VI. CUESTIONES PENDIENTES

En el Informe presentado en la septimogésima primera sesión de la Asamblea de las NNUU (2016-2017)⁵¹, el Comité reiteraba recomendaciones ya emitidas en otros informes previos sobre la necesidad de adaptación a las necesidades de los menores discapacitados. En particular se manifestaba preocupación porque en algunos Estados se introdujeron medidas normativas regresivas contrarias al objeto y propósitos de la Convención, en ocasiones reduciendo la edad mínima de responsabilidad criminal, a veces imponiendo sanciones rigurosas y en demasiados casos no suministrando la debida protección material o procesal a los niños menores de dieciocho años.

El más reciente informe presentado en 2020, a pesar de los avances que también se constatan, insta a mejorar la aplicación práctica de los derechos de los niños que se han proclamado, especialmente los que se encuentran en situaciones vulnerables, a mayores de su debilidad constitutiva por el hecho de ser niños, niñas o adolescentes. Es llamativo el escaso avance respecto a la aplicación de castigos corporales o incluso a la aplicación de condenas a muerte o a cadena perpetua.

También merece atención particular el desafío de los menores situados en un entorno digital, sobre el que ya hemos referido la publicación reciente de una Observación general del Comité de Derechos del Niño, problemática que se ha visto agravada por las circunstancias derivadas de los confinamientos en tiempos de pandemia. En algunos países, por otra parte, hay una preocupante vulneración de los derechos de los niños en el contexto de conflictos armados, especialmente respecto a privaciones de libertad y torturas y malos tratos.

⁵¹ *Report of the Committee on the Rights of the Child on its 66, 67, 68, 69, 70 and 71st Sessions.* General Assembly. Official Records. Seventy-first session Supplement No. 41 (A/71/41). New York, 2016.

No es menor la preocupación, en un contexto de crisis financiera y económica, por las consecuencias de la propagación de la Covid-19. El propio Comité manifiesta que la aplicación de medidas regresivas solo es admisible en cuanto se tengan en cuenta las diversas opciones posibles y se prioricen aquellas en que los niños resulten menos afectados. La justicia de menores precisa de estas valoraciones de proporcionalidad respecto a la implementación de políticas públicas⁵², porque depende, más que otros sectores de la administración de la justicia, de una adecuada y eficaz financiación⁵³.

Una consideración particular merece la situación de los menores en el difícil ámbito de las migraciones internacionales, que tiene implicaciones directas en la generación de situaciones delincuenciales y, asimismo, deja mucho que desear en cuanto al respeto a la libertad individual⁵⁴ y a la satisfacción de las exigencias proclamadas respecto a la conveniencia de evaluaciones individuales⁵⁵. Una de las cuestiones complejas es la dificultad de identificación, y en directa relación con ella, la imposibilidad de tener certeza respecto a la determinación de la edad por una vía directa y sencilla.

Esta última cuestión es la que ha planteado serios problemas a nuestro país, pues el Comité de Derechos del Niño ha concluido que España vulnera la Convención al adoptar vías inadecuadas para superar el problema de la incertidumbre en cuanto a la edad del menor inmigrante no acompañado. En efecto, el procedimiento de fijación de la edad para estos menores, según ha insistido el

⁵² Se afirma en el apartado 40 del Informe de 2020 (A/75/41): “Los Estados partes deberán demostrar que tales medidas son necesarias, razonables, proporcionadas, no discriminatorias y temporales y que los derechos que se vean afectados se restablecerán lo antes posible”.

⁵³ En este sentido, es de interés la Observación General núm. 19 (2016) sobre la elaboración de presupuestos para hacer efectivos los derechos del niño, así como las amplias consideraciones vertidas en los apartados del 21 al 30 del Informe de 2016 (A/71/41), cuya idea central se resume en el apartado 22: “Likewise, the Committee repeatedly expressed its concern over the serious consequences on children’s rights of the budgetary measures adopted in times of economic crisis”.

⁵⁴ Conforme al Informe de 2016 (A/71/41): “The Committee is also concerned by the increasing use of detention of immigrant children and, in that regard, strongly urges all States parties to end that practice, which has negative impacts on the rights of children, including to health and education”.

⁵⁵ *Vid.* especialmente el Informe de 2018 (A/73/41).

Comité de Derechos del Niño⁵⁶, lesiona en particular el derecho a la identidad, el derecho a ser escuchado y el derecho a la especial protección de los menores privados de su entorno familiar. Se señala que es imperativa la existencia de un procedimiento adecuado para determinar la edad, así como la oportunidad de poder cuestionar el resultado mediante apelación. Mientras dichos procedimientos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. En todo ello, el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad. Además, solo en ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados, para efectuar una estimación bien fundada de la edad, deben procederse a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y en un idioma que el niño pueda entender⁵⁷. Pero, en los casos planteados se destaca la amplia información en el expediente que sugiere la falta de precisión de los exámenes oseométricos, que tienen un amplio margen de error y, en consecuencia, no son apropiados como el único método para determinar la edad cronológica de una persona joven que afirma ser menor de edad y presenta documentación

⁵⁶ Vid. <https://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=5&sortOrder=Date>

⁵⁷ Por ejemplo, en el caso CRC/C/85/D/26/2017, resuelto el 28 de septiembre de 2020, el Comité señaló:

“a) Con el fin de determinar la edad del autor, que se encontraba indocumentado a su llegada a territorio español, se le sometió a unas pruebas médicas oseométricas consistentes en una radiografía de muñeca y luego una ortopantomografía dental, sin realizarse ningún otro tipo de pruebas complementarias, en particular pruebas psicológicas, y sin que conste que se haya realizado entrevista alguna al autor en el marco de dicho proceso;

b) Como resultado de esas pruebas practicadas, el hospital en cuestión determinó que la edad ósea del autor era de 19 años según el Atlas de Greulich y Pyle, sin tomar en cuenta que dicho estudio, que no establece márgenes de desviación estándar para ese rango etario, no es claramente extrapolable a individuos con las características del autor;

c) Con base en este resultado médico, la Fiscalía emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad;

d) En virtud de dicho decreto, el juez competente ordenó el internamiento del autor en un centro de adultos;

e) El autor fue puesto en libertad luego de presentar su acta de nacimiento oficial;

f) El autor no fue acompañado por un representante en el proceso de determinación de la edad al que fue sometido”.

acreditativa al efecto. Superar estas dificultades es un reto específico para nuestro país⁵⁸.

Otra cuestión de interés, que merecería un tratamiento específico que desbordaría la finalidad de este estudio, es el problema no infrecuente de las infracciones criminales cometidas conjuntamente por mayores y menores de edad, cuyo tratamiento procesal por separado ha dado lugar a decisiones jurisdiccionales contradictorias, en las que utilizando la terminología tradicional del foro, se ha roto la continencia de la causa. La acumulación de las pretensiones sancionadoras-educativas debería llevar a la justicia de menores a no provocar una vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sometidos al proceso jurisdiccional, pero para ello sería imprescindible una reforma normativa que lo permitiera⁵⁹.

⁵⁸ En concreto, el Comité recomienda a España:

“a) Garantizar que todo proceso de determinación de la edad de jóvenes que afirman ser niños o niñas sea acorde con la Convención y, en particular, que en el curso de estos procesos:

i) Los documentos presentados por dichos jóvenes sean tomados en consideración, y en el caso de que los documentos hayan sido emitidos o confirmados por los Estados que emitieron los documentos o por las embajadas, sean aceptados como auténticos;

ii) A estos jóvenes se les asigne sin demora un representante legal cualificado u otros representantes de forma gratuita, que los abogados privados designados para representarlos sean reconocidos y que todos los representantes legales u otros representantes tengan permiso para ayudar a estas personas durante dichos procesos;

b) Garantizar que a los jóvenes no acompañados que afirman ser menores de 18 años se les asigne un tutor competente lo antes posible, incluso cuando el proceso de determinación de su edad esté aún pendiente;

c) Desarrollar un mecanismo de reparación efectivo y accesible para los jóvenes migrantes no acompañados que afirman ser menores de 18 años para que puedan solicitar una revisión de los decretos de mayoría de edad por parte de las autoridades en aquellas situaciones donde la determinación de su edad se realizó sin las garantías necesarias para proteger el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado;

d) Capacitar a los funcionarios de inmigración, policías, funcionarios del Ministerio Público, jueces y otros profesionales competentes sobre los derechos de los menores migrantes, y en particular sobre la observación general núm. 6 del Comité, la observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, y la observación general conjunta núm. 4 y núm. 23 antes mencionada”.

⁵⁹ Una detenida consideración de los problemas que estos casos conllevan puede verse en MARTÍN RÍOS, P., “El enjuiciamiento de menores y mayores de edad en supuestos de comisión conjunta de delitos”, en *Derecho Procesal: Retos y Transformaciones* (Dir. L.M. Bujosa Vadell), Ed. Atelier, Barcelona, 2021, pp. 709- 728.

Para completar el panorama, tal vez no esté de más comprobar las evaluaciones y recomendaciones realizadas respecto a algunos ordenamientos jurídicos de áreas geográficas y culturales diversas, a modo de ejemplos ilustrativos de los retos que aún se plantean en el futuro inmediato⁶⁰.

Costa de Marfil

Se aprobó un nuevo Código de Procedimiento Penal en 2018, en el que se aumenta la protección de los niños, y la Circular núm. 013/MJDH/CAB-1, de 10 de abril de 2018, de reducción de la duración de la detención preventiva. El Comité recomienda al Estado parte que:

a) Eleve la edad mínima de responsabilidad penal a un nivel admisible internacionalmente;

b) Aplique el artículo 808 del Código de Procedimiento Penal y preste asistencia jurídica gratuita, cualificada e independiente a todos los niños en conflicto con la ley desde una etapa temprana del procedimiento judicial y a lo largo de todo este;

c) Vele por que todo niño detenido y privado de su libertad comparezca ante una autoridad competente que examine la legalidad de su privación de libertad o del mantenimiento de esta, en un plazo de 24 horas, y agilice los juicios que afecten a niños, con miras a abreviar el período de detención preventiva;

d) Promueva alternativas a la detención, por ejemplo aprobando y aplicando un proyecto de política nacional que reglamente la protección judicial de los niños y los jóvenes, y vele por que la detención se emplee como último recurso exclusivamente, y por el menor tiempo posible;

⁶⁰ Somos conscientes de la conclusión de GOLDSOHN, B., "Reading the present, mapping the future(s)", en *Juvenile Justice in Europe...*, *op. cit.*, p. 244: "We conclude by recalling the inadequate analytical and explanatory power of high-narratives and the intrinsic flaws embedded in conceptual and theoretical accounts that privilege transnational/pan-European foci. Juvenile justice in Europe is differentiated at inter-national and intra-national/sub-national levels necessitating finer-grained critical inquiry and detailed engagement with a range of daunting complexities. Only then might be able to read, and to begin to comprehend, the present".

e) Vele por que, en los casos en que sea inevitable la detención, no se detenga a los niños junto con los adultos, de conformidad con el artículo 7 del Decreto núm. 69-189, de 14 de mayo de 1969, de reglamentación de los establecimientos penitenciarios, y por que las condiciones de detención se ajusten a las normas internacionales, sobre todo en cuanto al acceso a los servicios sanitarios; por que se favorezcan las visitas de los padres de niños detenidos reduciendo las trabas administrativas, y por que se lleven a cabo inspecciones periódicas de esos establecimientos;

f) Aumente la formación interdisciplinaria sobre los derechos del niño que reciben todos los agentes que trabajan en el sistema de justicia juvenil y apruebe unas disposiciones legislativas en las que se prevea el traslado automático de los niños desde la comisaría hasta la dependencia policial especializada en asuntos juveniles;

g) Potencie los programas de asistencia dirigidos a los niños que corren peligro de entrar en conflicto con la ley y preste servicios de rehabilitación a los niños que salgan de la cárcel, que incluyan el acceso a la educación y a la formación profesional.

Japón

El Comité toma nota del Plan de Promoción de la Prevención de la Reincidencia de 2017. No obstante, le preocupa seriamente que:

a) La edad mínima de responsabilidad penal se haya reducido de 16 a 14 años;

b) El derecho a asistencia letrada aún no se aplique de forma sistemática;

c) Los niños mayores de 16 años que cometen delitos graves puedan ser remitidos a tribunales penales para adultos;

d) Los niños de entre 14 y 16 años puedan ser recluidos en centros penitenciarios;

e) Se pueda privar de libertad a los niños considerados "proclives a la comisión de delitos";

f) Se condene a niños a cadena perpetua y, por lo general, se les mantenga privados de libertad durante un tiempo considerablemente superior al período mínimo para conceder la libertad condicional.

El Comité insta al Estado parte a que armonice plenamente su sistema de justicia juvenil con la Convención y otras normas pertinentes. En particular, el Comité recuerda sus anteriores observaciones finales (CRC/C/JPN/CO/3, párr. 85) e insta al Estado parte a que:

a) Estudie las causas profundas de la delincuencia juvenil y ponga en práctica urgentemente medidas preventivas;

b) Estudie las tendencias de la delincuencia infantil desde el año 2000 como base de una reflexión encaminada a modificar la edad mínima de responsabilidad penal para que vuelva a ser de 16 años;

c) Vele por que se preste asistencia jurídica cualificada e independiente a los niños en conflicto con la ley en una etapa inicial y a lo largo de todas las actuaciones legales;

d) Vele por que no se juzgue a niños en tribunales penales para adultos, aumente el recurso a medidas no judiciales en el caso de los niños acusados de delitos, como la derivación, la libertad condicional, la mediación, el apoyo psicológico o los servicios comunitarios y, siempre que sea posible, se recurra a medidas sustitutivas de la privación de libertad;

e) Vele por que la privación de libertad, tanto antes como después del juicio, se utilice como medida de último recurso durante el menor tiempo posible y se revise periódicamente con miras a revocarla, y en particular: i) Revise la calificación de niños "proclives a la comisión de delitos" y ponga fin a su privación de libertad; ii) Reconsidere la imposición de cadena perpetua y de condenas de duración indeterminada en el caso de delitos cometidos por niños y aplique el sistema especializado de libertad condicional para que la duración de la reclusión sea lo más breve posible.

Argentina

El Comité sigue profundamente preocupado por el hecho de que aún no se hayan aplicado la mayoría de sus recomendaciones anteriores relativas a la administración de la justicia juvenil (véase CRC/C/ARG/CO/5-6, párr. 80). Le preocupa especialmente que:

a) El sistema de justicia juvenil siga rigiéndose por la Ley núm. 22278, pese a su incompatibilidad con la Convención;

b) Persista la práctica discrecional de privar de libertad a niños y adolescentes para “protegerlos”, y no necesariamente por haber cometido un delito;

c) El hacinamiento, la mala alimentación, la falta de ropa de cama y de instalaciones sanitarias adecuadas, así como la falta de oportunidades de educación y capacitación hayan dado lugar a unas condiciones de vida deplorables en numerosos centros de internamiento de menores;

d) Una gran cantidad de niños sigan siendo internados en centros correccionales y educativos de menores que están aislados de la comunidad y tengan un contacto limitado con sus familias;

e) A pesar de que el Estado parte ha acatado la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2013, de abstenerse de condenar a niños a prisión perpetua o a penas equivalentes, sentencias posteriores dictadas por algunos tribunales provinciales han dado lugar a la imposición de penas de reclusión que van de 20 a 27 años.

Reiterando sus recomendaciones anteriores y remitiéndose a su observación general núm. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, el Comité recomienda al Estado parte que:

a) Apruebe una ley general de justicia juvenil compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil, en particular en lo que respecta a garantizar que la privación de libertad solo se utilice como último recurso y por el período de tiempo más breve posible, y que no incluya disposiciones que puedan endurecer las penas o reducir la edad de responsabilidad penal;

b) Remedie con urgencia las deficiencias de los centros de detención en todas las provincias, y garantice su conformidad con las normas internacionales y la implantación de un sistema de vigilancia independiente;

c) Promueva la adopción de medidas no judiciales, como las sanciones alternativas, la libertad condicional, la mediación, el apoyo psicológico o el trabajo

comunitario, y, cuando sea posible, utilice medidas alternativas a la imposición de penas;

d) En los casos en que la privación de libertad sea inevitable, vele por que los niños no sean reclusos junto con adultos, y también por que puedan mantener contacto con su familia y/o tutor;

e) Acate plenamente la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se abstenga de condenar a niños a penas de prisión que puedan equivaler a la cadena perpetua;

f) Garantice la prestación de asistencia jurídica gratuita, cualificada e independiente a los niños en conflicto con la ley, desde el inicio del proceso y durante todas las actuaciones judiciales;

g) Solicite asistencia técnica, en particular del ACNUDH y el UNICEF.

Noruega

El Comité acoge con satisfacción las modificaciones introducidas en la Ley de Ejecución de las Penas destinadas a abolir la posibilidad de recurrir al aislamiento como medida disciplinaria. El Comité insta al Estado parte a que armonice plenamente su sistema de justicia juvenil con la Convención y otras normas pertinentes. En particular, el Comité recomienda al Estado parte que:

a) Suspenda la aplicación de la prisión preventiva a los niños;

b) Se asegure de que, cuando la privación de libertad sea inevitable, los niños no permanezcan reclusos junto con adultos, ni durante la detención preventiva ni tras ser condenados, y, en consonancia con las recomendaciones anteriores del Comité, retire la reserva al artículo 10, párrafos 2 b) y 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "con respecto a la obligación de tener a los menores procesados y a los jóvenes infractores separados de los adultos" (CRC/C/NOR/CO/4, párr. 7);

c) Refuerce las salvaguardias para asegurar que se evita en la mayor medida posible la aplicación del aislamiento como medida preventiva;

d) Lleve a cabo las modificaciones legislativas necesarias para ampliar la imposición de formas alternativas de sanción, las denominadas sanciones aplicables a los jóvenes infractores, a los niños solicitantes de asilo.

España

El Comité observa con reconocimiento la aplicación de medidas alternativas y la reducción de las condenas graves en el Estado parte. Con referencia a los derechos del niño en la justicia de menores, el Comité recomienda que el Estado parte:

a) Adopte las enmiendas legislativas necesarias para poner fin a la utilización de la detención en régimen de incomunicación de todos los niños;

b) Aumente el número de jueces especializados en la infancia y vele por que se disponga de juzgados especializados en justicia de menores y de procedimientos que tengan en cuenta las necesidades de los niños y, a este respecto, revise el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 2017 relativo a transferir a los juzgados ordinarios jueces especializados en la infancia;

c) Fortalezca la capacidad y la concienciación de los jueces en lo relativo a la Convención y sus Protocolos Facultativos y vele por que se asignen a este respecto los recursos humanos, técnicos y financieros apropiados;

d) Asegure que se proporcione asistencia jurídica cualificada e independiente a los niños en conflicto con la ley en una etapa temprana de las actuaciones judiciales, y a lo largo de todas ellas hasta su conclusión.

VII. CONCLUSIÓN

Como se ha apreciado con algún detalle no son pocas las cuestiones que quedan por resolver. Los indiscutibles avances que se observan en una panorámica general no ocultan la necesidad de afrontar cuestiones específicas, como las que destaca el Comité de Derechos del Niño respecto a ordenamientos concretos.

En general, debemos resaltar la necesidad de mantener el equilibrio entre diversos objetivos de alcance constitucional: Una respuesta justa del ordenamiento

para el niño, niña y adolescente infractor, con plena aplicación de las garantías procesales fundamentales, adaptadas a las necesidades del sujeto, con plena consciencia de la exigencia de evitar dañar la proyección formativa y socializadora del menor, pero también teniendo en cuenta el ámbito de seguridad pública aceptable para la comunidad social⁶¹.

Este equilibrio imprescindible debe superar la tendencia excesiva hacia la represión penal en general, que afecta sin duda también a la justicia de menores. Es necesario fortalecer la perspectiva socializadora que es la más adecuada para quienes cometen infracciones criminales en un estado de desarrollo incompleto de su psicología y de su biología, pero para ello los Estados no pueden ser cicateros. Las medidas que atienden a los intereses superiores del menor no son gratuitas, pero a efectos de políticas públicas deben ser consideradas como inversiones ineludibles para asegurar una idónea evolución en el futuro de la humanidad.

⁶¹ Desde la perspectiva norteamericana SCOTT, E.S., y STEINBERG, L., *Rethinking Juvenile Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MS - London, 2008, p. 27, afirman que "... the rehabilitative model of juvenile justice collapsed, in part, due to its naive characterization of delinquent youths as innocent children who were not responsible for their crimes. The contemporary model errs in the other direction, depicting youths who are legal minors for all other purpose as adults when it comes to criminal adjudication and punishment".

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JURISDICCIÓN DE MENORES EN COLOMBIA

Lorena Elizabeth Cabrera Izquierdo¹
*Docente e investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas
(Universidad del Atlántico. Colombia)*

A continuación haremos un recorrido por la legislación que ha surgido en el devenir histórico colombiano hasta antes de llegar a la normativa vigente, cual es la Ley 1098/2006, denominada Código de la Infancia y la Adolescencia, que se ha constituido en un gran avance en la búsqueda de una debida aplicación de la justicia de menores.

La gran influencia e injerencia de España en los países latinos, el mismo movimiento de creación de organismos especializados en minoridad se inició a mediados de los años 20. En 1926 se crean Tribunales de Menores en Perú y México, en 1927 en Brasil, en Chile en 1928, en Uruguay en 1934, en Guatemala en 1937 y en Ecuador en 1938. Argentina no fue ajena a esta sana vertiente y en 1937 se crea en la Provincia de Buenos Aires el primer Tribunal de Menores.

Acercándonos al caso colombiano y para llegar a la legislación de 1850, norma incipiente en materia de menores, el país pasó por discusiones importantes en el plano político, pues la conformación de la nación apenas estaba iniciándose, y venía de la separación de la Gran Colombia en 1830².

Previo a 1850, cuando se sanciona la primera ley para la infancia, se acuñan en Colombia por primera vez los nombres de los que serían los dos partidos

¹ Doctora en Derecho y Experta Universitaria en Justicia de Menores. Universidad de Sevilla (España).

² Esta república existió jurídicamente entre 1821 y 1831 y se configuró a partir de la unión de las anteriores entidades coloniales del Virreinato de la Nueva Granada, Capitanía General de Venezuela y Presidencia de Quito, al igual que la Provincia Libre de Guayaquil. Su superficie correspondía a los territorios de las actuales repúblicas de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela.

tradicionales que hasta hoy perviven: el Partido Conservador y el Partido Liberal, cuestión que resulta trascendental en la discusión y concepto de la representación del menor en la filosofía política de los partidos.

La legislación de menores en Colombia, comienza a formarse con la Ley 21 de de 1850³, ley que contemplaba que es infante o niño el que no ha cumplido los 7 años de edad impúber el que no ha cumplido los 12 años, y menor el que no ha cumplido los 21 años de edad.

La legislación vigente tuvo su vigor sin graves cambios ulteriores, por lo cual es auténtico indicar como uno de sus hitos, la Ley 23 de 1890 sobre casas de corrección y escuelas de trabajo, sancionada por el Presidente Carlos Holguín. Con la Ley 98 de 1920 se crean los Juzgados y casas de reforma y corrección para menores. Hasta ese entonces los actos de los menores habían sido objeto de la justicia ordinaria, y en ese año precisamente comienza para Colombia la historia de los Juzgados de Menores.

A nivel normativo y procesal en relación con la justicia de menores en Colombia sólo se aplicó mediante la Ley 98 de 1920, y se conservó en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal de 1936 y 1938, adquiriendo mayor configuración y amplitud de funciones en la Ley 83 de 1946.

Es importante decir, que el año de 1853 se configura en Colombia como un momento de grandes reformas constitucionales⁴, entre otras el gobierno de José Hilario López, aprobó como hito fundamental de las libertades civiles, la Ley de Manumisión por medio de la cual se daba por terminada la esclavitud en Colombia, cuestión que puso al país en una escena jurídica diferente con relación a su población⁵.

³ Colombia. Ley 21 de 1850, citado en Ruiz, L. (2001). El estado y el concierto de los hijos de los esclavos. *Revista Reflexión política*, N. 5, págs. 6 y 7.

⁴ Temas como el federalismo, la abolición de la esclavitud, el sufragio a todos los hombres mayores de 21 años, el voto popular directo, la libertad administrativa y la libertad religiosa tomaron relevancia en esta época.

⁵ Romero Jaramillo, D. *Abolición de la esclavitud en Colombia*, [en línea] <http://www.todacolombia.com/etnias/afrocolombianos/aboliconesclavitud.html>

Hasta mediados del siglo XIX, el concepto casi universal del Derecho de Menores es su carácter tutelar. Con este criterio en Colombia se fue ampliando su contenido a materias que estaban reguladas en las normas penales y civiles, como las infracciones penales cometidas por menores de edad y los procesos de alimentos, adopción, patria potestad y guarda, filiación natural, estados de abandono y de peligro, y el trabajo del menor de edad. Para conocer de estas materias se crearon los Juzgados y Tribunales de Menores, concebidos dentro de una jurisdicción que no era civil ni penal, sino simplemente de Menores. La característica de esta jurisdicción jamás la entendió el legislador colombiano hasta la creación de la Jurisdicción de Familia (Decreto 2272 de 1989), y por ello encontramos que la Ley 83 de 1946, estructuró la Jurisdicción de Menores y posteriormente el legislador la desvertebró, separando sus funciones en Jurisdicción Penal de Menores, Civil de Menores, y Protección Administrativa de Menores.

Es importante señalar que, el legislador colombiano reorganizó la estructura del Estado y por tanto sus jurisdicciones, de manera posterior a la guerra civil bipartidista de 1860, que terminaría en un texto liberal de la Constitución de Rionegro⁶.

El modelo educativo y tutelar del Derecho de Menores empezó a ser cuestionado, especialmente en lo relacionado con el menor infractor. Se pensó que el criterio protector desfiguraba la función correctiva del Estado frente a personas que, aunque menores de edad, concurrían al delito con entendimiento y voluntad.

También el Derecho de Menores había fracasado en el control de la delincuencia juvenil, pues bajo el criterio tutelar y educativo con amplitud de funciones del juez, quien decidía en única instancia, los derechos del menor se exponían a ser violados, y su condición procesal era desfavorable, en relación al procesado adulto. Esta forma de cuestionar el Derecho de Menores dio como resultado, la creación de dos jurisdicciones para el manejo de los problemas

⁶ La constitución política de Rionegro de 1863 ha sido la más liberal de todos los tiempos al establecer libertades como la de expresión, libre empresa, libre imprenta, libertad de enseñanza y de culto, de asociación y de poseer armas; además estableció un sistema federal con un presidente central (presidencia de la unión), que permitiría como se verá más adelante avanzar hacia normas de discusiones más profundas y envolventes para los nacientes departamentos (Ocampo, 1999: 35-38).

juveniles: la Jurisdicción Penal de Menores y la Jurisdicción Tutelar de Menores. Termina este periodo histórico sin muchos cambios legislativos, pero con una profunda discusión en lo político que determina los movimientos jurídicos que se vienen⁷.

I. LEY 98 DE 1920⁸

Esta ley fue sancionada en 1920 por en el entonces presidente Marco Fidel Suarez. Por primera vez en Colombia se creaba la jurisdicción especial de menores, a la que quedaban sometidos los menores de 17 años que ejercieran actos contemplados por la ley como infracciones penales.

Las medidas que podía adoptar el Juez dentro del fallo eran las siguientes: Absolución Plena, absolución previa amonestación del menor, dejarlo en el hogar, internamiento en caso de reforma o corrección por tiempo indefinido hasta obtener su rehabilitación y separación de sus padres y colocación en casa especial o establecimiento industrial o agrícola.

II. LEY 94 DE 1928⁹

Esta norma cambia la minoridad penal que había sido fijada en 17 años, para introducir un procedimiento especial que era aplicable a todos los menores de 18 años, sin importar el estado síquico, y sin hacer diferencia entre el delito y las contravenciones¹⁰.

⁷ El periodo de la historia de Colombia conocido como La Regeneración (1886-1904), deja una nación debilitada y con nuevos conflictos políticos que dieron fuerza a un movimiento conservador que prefería el centralismo de Estado y su fortalecimiento. El presidente Núñez fue fortalecido al punto que convocó a una Asamblea Constituyente, la cual proclamó la Constitución de 1886, que se erige como la constitución más duradera del Estado nacional, pues pasaron 105 años para su derogación. La misma reconoció como religión de Estado a la católica, el poder central que abolió el federalismo, la concepción del Estado como ente administrador en lo social y económico, la división del mismo en tres poderes democráticos ejecutivo, legislativo y judicial. (Rivadeneira, 2002: 11-14).

⁸ Colombia. Ley 98/1920. Diario Oficial No. 17012 del 2 enero de 1920.

⁹ Colombia. Ley 94/1928. 20952 del 17 noviembre de 1928.

¹⁰ Delitos y contravenciones corresponden a definiciones que el legislador utilizaba para distinguir los delitos como conductas punibles de mayor entidad y las contravenciones para infracciones menores.

El Juez de menores sólo podía decretar la medida de observación, cuando en el respectivo proceso los elementos de certeza reunieran los requisitos para dictar auto de enjuiciamiento, cuando no se reunían los requisitos probatorios para ordenar observación, el Juez de Menores debía decretar el Depósito Familiar, salvo en circunstancia de que se demostrara la necesidad del internamiento por motivo de abandono.

III. LEY 95 DE 1936: CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

El proyecto presentado en 1912 pretendió adecuar la legislación penal a las circunstancias políticas y sociales de la época, las cuales mostraban un margen de delincuencia bastante alto y desentonaban con los avances científicos del momento en cuanto a la organización de medios de represión del delito y en especial de la adopción de un control social acorde a la coyuntura vivida, pero lastimosamente no fue tenido en cuenta por causas en su gran mayoría de carácter político¹¹. A diferencia de las anteriores leyes, el código penal de 1936 hace una distinción de los sujetos procesales: normales mayores de 18 años, anormales mayores de 18 años y menores de 18 años. El Código debe entenderse en el contexto de la reforma constitucional liberal de 1936.

En tratándose de menores de 18 años, el código presentaba las siguientes medidas:

a. Libertad vigilada: Se aplicaba a los menores de 14 años cualquiera fuera la infracción cometida, a los menores de 18 años en caso de contravenciones y a quienes se les concediera el beneficio de la condena condicional y carecieran de personas idóneas para garantizar la eficacia de la medida.

b. Internamiento en una escuela de trabajo: Era procedente cuando el menor de 14 años se encontraba en estado de abandono.

¹¹ Nuño Henao, J. (2002). Sistema Penal y Control Social en Colombia. Trabajo de grado para optar el título de Abogado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, año 2002, Bogotá (Inédita), [en línea] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS13.pdf>

c. Internamiento en un reformatorio: Se aplicaba a los menores de 18 años y menores de 14 años que cometieran delitos sancionados con pena de presidio¹².

Durante su vigencia, tal normatividad fue objeto de distintos fenómenos entre los cuales se destaca la violencia bipartidista experimentada desde 1948 y la dictadura militar entre 1953-1958, en donde a través de figuras de excepción como el estado de sitio, se expidieron algunas disposiciones que restringían el uso del código vigente¹³.

IV. LEY 83 DE 1946¹⁴

Los albores de la ley 83 de 1946 son muy importantes para la comprensión de este hito normativo en la materia que nos atañe. Considerado uno de los mejores presidentes de la historia nacional, el liberal Alfonso López Pumarejo (gobernó por dos períodos: entre 1934 y 1938 y entre 1942 y 1945) y adelantó una nueva reforma a la Constitución en 1936¹⁵.

La Ley 83 de 1946 es sin lugar a dudas en la fecha de su expedición, el mayor avance en cuanto a la legislación del menor en Colombia. Sus aspectos penales más importantes son: Jurisdicción especializada para conocer de delitos y contravenciones cometidas por menores de 18 años; sanciones especiales encaminadas a evitar peligros físicos y morales a los menores; medidas de protección por estados de abandono o peligro físico o moral; creación del Consejo Nacional de Protección Infantil.

¹² Colombia. Ley 95 de 1936, Código Penal Colombiano. Bogotá: Librería Colombiana.

¹³ Nuño Henao, J., *op. cit.*

¹⁴ Colombia. Ley 83/1946, Ley orgánica de la defensa del niño, Jurisdicción de menores. Bogotá: Diario Oficial N. 26.363, de 24 de febrero de 1947.

¹⁵ Entre otros logros, López organizó el sindicalismo en el país y consagró el derecho a la huelga, promovió el desarrollo de la Universidad Nacional y por primera vez la mujer colombiana fue considerada ciudadana, pero no tenía derecho a votar. En materia de política pública, el presidente lideró uno de los más destacados censos del siglo que dio como resultado que para 1936 Colombia tenía 8.700.000 habitantes, e identificó conformación de núcleos familiares y menores de edad con y sin escolarización. También durante la presidencia de López, se instituyó la libertad de culto y conciencia y la protección de la maternidad. Otro logro es el avance en cuanto a la legislación del menor (Presidencia de la República de Colombia, [en línea] <http://web.presidencia.gov.co/asiescolombia/presidentes/48.htm>).

Los aspectos más importantes de dicha ley son:

- La edad penal en el artículo 1 preceptuaba que todo menor infractor de la ley penal quedaba sometido a la jurisdicción del Juez de Menores.
- La infracción debía entenderse como toda acción u omisión tipificada como delito o contravención.
- En tanto que en el código penal se habla de medidas de seguridad, la Ley 83 de 1946 las medidas son de asistencia y protección.
- Se dio gran importancia a las calidades morales y académicas del Juez y se le elevó a la categoría de magistrados de tribunal, esto con el fin de que los funcionarios que desempeñaran este cargo debían ser idóneos y calificados; no obstante reunir los requisitos constitucionales, debía ser casado, padre o madre de familia, versado en ciencias educativas y de ejemplar conducta moral. Estos requisitos eran necesarios por cuanto el Juez de Menores interviene como orientador tanto del menor como de la familia.
- El personal colaborador del Juez fuera del subalterno era médico, siquiatra, promotor, curador y delegados de estudio y vigilancia. Estos últimos operaban en el campo de la etiología socio familiar del delito o conducta atribuida al menor.
- Al menor no se le puede detener en cárceles comunes, no se le puede conducir esposado o amarrado y se prohíbe toda información por la radio, prensa o cualquier medio de comunicación que permita revelar la identidad del menor.
- Las medidas provisionales que se podían adoptar era el depósito provisional a su familia o su observación.

V. DECRETO 1818 DE 1964¹⁶

En pleno ejercicio del Frente Nacional, un pacto que consistía en la alternación, cada cuatro años, en el poder presidencial del Estado entre los partidos

¹⁶ Colombia. Decreto 1818/1964, por el cual se crea el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia, se reorganiza la actual División de Menores del Ministerio de Justicia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N. 34.497 de 26 de octubre de 1964.

tradicionales, se generan cambios esporádicos, normativas efímeras y poco duraderas, y en ocasiones medidas meramente provisionales¹⁷.

En líneas generales, este decreto presenta las siguientes novedades: creación del Consejo Colombiano de Protección Social del menor y su familia, limitó en 12 años la edad mínima para la aplicación de la ley penal, sustrajo de la competencia de los jueces de menores, el conocimiento de los estados de abandono, peligro físico y moral que les otorgaba la Ley 83, y adscribió esas funciones, y la de asistencia a menores de 12 años por comportamiento antisocial, a la División de Menores del Ministerio de Justicia, señalando el respectivo procedimiento y, limitó en un año la duración mínima de las medidas de reeducación.

VI. LEY 75 DE 1968¹⁸

El 1 de mayo de 1966 Carlos Lleras Restrepo fue elegido presidente de la República. Durante su mandato firmó 1592 acuerdos, asistió a 191 consejos de ministros y recorrió 96 veces el país. Lleras bautizó su gobierno con el lema "Transformación Nacional". Como parte de su gobierno, y materializado en la ley 75 de 1968 fue la creación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) como establecimiento público dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Salud Pública. Su objeto fue el cumplimiento de dos grandes retos: proveer a la protección de menor y el mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas. Su creación da respuesta a problemáticas, tales como la deficiencia nutricional, la desintegración e inestabilidad de la familia, la pérdida de valores y la niñez abandonada.

Según lo preceptuado en el artículo 627 del código de procedimiento penal el menor podía ser conducido o detenido en lugares especiales y diferentes a

¹⁷ Además, el deterioro venido de la violencia bipartidista y la dictadura militar, ayudados por el discurso mundial contra el capitalismo, asomaron en Colombia la creación en 1964 del grupo guerrillero de las FARC, en 1965 del ELN, y en 1973 el M-19, con lo que se avecinaban tiempos difíciles. Las juventudes ganan protagonismo en este mismo año remarcando como hito de su aparición en la vida nacional con la marcha de los estudiantes de la Universidad Industrial de Santander (UIS).

¹⁸ Colombia. Ley 75/1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Diario Oficial N. 32.682 de 31 de diciembre de 1968.

las cárceles como son: centros de recepción, el centro o casa de observación y el centro de capacitación.

Los fines del Centro de recepción son hacer un estudio sumario sobre la situación del menor en lo relativo a los aspectos sociofamiliares y antecedentes institucionales, por lo tanto en los Centros existe una oficina de archivo e identificación, esto con el fin de suministrar al Juez del conocimiento, los antecedentes institucionales que presentan los menores. La permanencia del menor en dicho centro es corta, de 8 a 15 días y durante ese lapso, las trabajadoras sociales y quienes dependen directamente del ICBF informaban respecto de la situación del menor.

Las medidas vigentes en el momento procesal de definición de situación jurídica del menor, para esta ley son:

a. Depósito familiar simple: El depósito familiar simple se presenta cuando el menor no registra antecedentes y su medio socio familiar es adecuado.

b. Depósito familiar condicionado: El depósito familiar condicionado se impone cuando la situación socio familiar no es totalmente adversa a la formación del menor pero si presenta unas fallas y el menor debe presentarse periódicamente al Juzgado, prestar una fianza y someterse a un tratamiento.

c. Observación: La observación se presenta cuando el menor carece de familia o personas responsables, cuando es reincidente, o si el juez considera que el medio socio familiar es nocivo para la educación del menor y cuando la gravedad del delito indica que el menor presenta problemas graves de comportamiento. Al tomar la medida de observación, en la misma providencia ordena el traslado del menor hacia una casa especial, destinada para ese fin, la permanencia del menor en ese centro es de un término no mayor de 90 días, tiempo este en el cual se estudia al menor en una forma integral en su aspecto fisiológico, mental y moral y sus reacciones individuales y sociales.

Una vez oídos los conceptos de las personas que intervinieron en la audiencia, dentro de los 8 días siguientes el juez dicta el fallo en el que se pueden adoptar las siguientes medidas: absolución plena, simple amonestación, internamiento en una institución y libertad vigilada.

Es importante anotar como contexto general de la Ley 95 de 1936, el Decreto 1818 de 1964 y la ley 75 de 1968, el ya comentado estado de sitio, como figura constitucional y de orden jurídico aplicada en Colombia entre 1936 a 1980 que genera una realidad política y jurídica particular¹⁹.

VII. DECRETO 2272 DE 1989²⁰

Considerado uno de los años más oscuros de la historia de Colombia, el año de 1989 se convirtió en un momento de crisis general en el desarrollo del país²¹.

A Virgilio Barco Vargas, presidente entre 1986 y 1990, le corresponde sancionar el código que antecedió a la promulgación de la Ley de Infancia y Adolescencia en Colombia y mediante esta legislación se creó la denominada jurisdicción de familia, que como indica su nombre conocía de todos los conflictos atinentes a la familia en general, tales como: filiación, paternidad, adopción, entre otros.

Respecto de lo que compete a la parte penal, señaló que de las infracciones a la ley penal en que incurran los menores de doce (12) a dieciséis (16) años, será competencia del juez de menores o promiscuo de familia del territorio en donde se realizó el hecho punible.

¹⁹ La figura del Estado de Sitio se convierte en el instrumento de los gobernantes de turno, para lograr a través de su excepcional legislación que, como lo enseña nuestro devenir histórico, en muchas ocasiones resulta innecesaria. Sus ambiciones y conveniencias políticas sobrepasan el límite de la arbitrariedad y abusan para vigorizar una dictadura constitucional, que llega incluso a alterar los principios básicos del estado de normalidad y, en consecuencia, crean un desorden institucional. Huelga decir que como se lee los acontecimientos políticos, jurídicos y sociales de estos años anteriores y configuradores del sistema político colombiano, representan híbridos sociales y como consecuencia, híbridos jurídicos, propios de la pugna interna y el proceso de colonización externo que impone dinámicas, que nuestra sociedad no es capaz de asumir porque corresponden a una estructura social distinta de la que creó dicho discurso (Umaña, 1976: págs. 33-37).

²⁰ Colombia. Decreto 2272/1989, por el cual se organiza la jurisdicción de familia, se crean unos despachos judiciales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 39.012, del 7 de octubre de 1989.

²¹ Entre otros, es el año del asesinato al precandidato presidencial del Partido Liberal, Luis Carlos Galán, el 18 de agosto de 1989; los destellos del narcotráfico y la violencia urbana, se personan en la existencia del cabecilla Pablo Escobar; se fortalece la sociedad civil que hace desembocar al Estado en una Asamblea Nacional Constituyente ya necesaria después de la centenaria constitución del 86.

Cuando en el lugar en donde se cometió el hecho punible no hubiere juez de menores o promiscuo de familia, la autoridad que la ley establezca aplicará el trámite que corresponda para garantizar la comparecencia del menor al proceso.

Finalmente, en Colombia, la Ley 98 de 1920 es la primera norma estatal en materia de menores. Quedaban a ella sometidos los menores de 17 años que realizaran actos contemplados por la ley como infracciones.

La norma referida buscaba dar un tratamiento pedagógico, antes que represivo, dado que el Juez podía intervenir también desde el ámbito protector, pudiendo incluso llegar a encargarse de casos en que el menor se encontrara en estado de abandono físico-moral, prostitución y mendicidad.

Igualmente importante dentro de la evolución histórica de la legislación del menor en Colombia, es la ley 75 de 1968, a través de la cual se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), que a día de hoy sigue formando parte de la estructura del Estado colombiano.

En términos generales, el desarrollo normativo de la legislación de menores en Colombia dejó atrás el paradigma tutelar, para avanzar hacia un modelo de responsabilidad penal para los menores que delinquen entre los catorce (14) y dieciocho (18) años.

A modo de conclusión, podemos afirmar que en términos generales el desarrollo normativo de la legislación de menores en Colombia dejó atrás el paradigma tutelar, para avanzar hacia un modelo de responsabilidad penal para los menores que delinquen entre los catorce (14) y (18) establecido en la Ley 1098 de 2006.

Bibliografía

- Barrios, L. (1984). *Historia de Colombia*. Bogotá: Academia Colombiana de Historia, Ediciones Lerner.
- Nuño Henao, J. (2002). Sistema Penal y Control Social en Colombia. Trabajo de grado para optar el título de Abogado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, año 2002, Bogotá (Inédita), [en línea] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS13.pdf>
- Ocampo, J. (1999). *Historia Económica de Colombia*, 2ª edición. Bogotá: Siglo Veintiuno Editores.
- Rivadeneira Vargas A. (1962). *Historia Constitucional de Colombia*. Bogotá: Editorial el Voto Nacional.
- Romero Jaramillo, D. *Abolición de la esclavitud en Colombia*, [en línea] <http://www.todacolombia.com/etnias/afrocolombianos/abolicion esclavitud.html>

Legislación nacional

Colombia. Ley 21 de 1850, citado en Ruiz, L. (2001). El estado y el concierto de los hijos de los esclavos. *Revista Reflexión política*, N. 5.

Colombia. Ley 98/1920. Diario Oficial No. 17012 del 2 enero de 1920.

Colombia. Ley 94/1928. 20952 del 17 noviembre de 1928.

Colombia. Ley 95 de 1936, Código Penal Colombiano. Bogotá: Librería Colombiana.

Colombia. Ley 83/1946, Ley orgánica de la defensa del niño, Jurisdicción de menores. Bogotá: Diario Oficial N. 26.363, de 24 de febrero de 1947.

Colombia. Decreto 1818/1964, por el cual se crea el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia, se reorganiza la actual División de Menores del Ministerio de Justicia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N. 34.497 de 26 de octubre de 1964.

Colombia. Ley 75/1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Diario Oficial N. 32.682 de 31 de diciembre de 1968.

Colombia. Decreto 2272/1989, por el cual se organiza la jurisdicción de familia, se crean unos despachos judiciales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 39.012, del 7 de octubre de 1989.

Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Editorial Cupido.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA LITIGACIÓN CIVIL EN LOS ACUERDOS DEL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA. UNA VISIÓN COMPARADA CON ESPAÑA¹

Rafael Cabrera Mercado
Profesor Titular de Derecho Procesal
(Universidad de Jaén)

y

Pedro Manuel Quesada López
Profesor de Derecho Procesal
(Universidad de Jaén)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA JURISDICCIÓN AGRARIA COMO JURISDICCIÓN ESPECIAL EN EL ACUERDO FINAL ENTRE EL GOBIERNO DE COLOMBIA Y LAS FARC-EP DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2016. III. LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL COMO ÓRGANOS ESPECIALIZADOS DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL. IV. LA LIBRE APORTACIÓN DE PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCESOS ESPAÑOL Y COLOMBIANO. V. LAS TIC'S EN LOS DERECHOS PROCESALES CIVILES ESPAÑOL Y COLOMBIANO. VI. LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL Y SU APLICACIÓN TRANSNACIONAL ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA.

I. INTRODUCCIÓN

Tras décadas de conflicto armado en Colombia entre el Gobierno y diversos grupos de guerrilleros, los diálogos en la mesa de comunicaciones para la terminación del conflicto armado interno en Colombia desembocaron en el Acuerdo

¹ Los autores queremos agradecer muy especialmente al Prof. Edgar Javier Munévar Arciniegas, abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Profesor titular de la Cátedra de Derecho Probatorio en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana y Director del Departamento de Derecho procesal de la misma por su ayuda en la documentación sobre Derecho colombiano en la elaboración de este trabajo.

Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera de 24 de noviembre de 2016 (de ahora en adelante Acuerdo Final, Disponible en web en: [<https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acuerdo-Final.aspx>], fecha de consulta 25/07/2020). No puede dejarse de lado la trascendencia mundial de este evento, que motivó la concesión en el año 2016 del Premio Nobel de la Paz al Presidente de Colombia Juan Manuel Santos Calderón.

Entre otros principios orientadores que se reflejaron en el Acuerdo para la construcción de la paz se recalcó el fortalecimiento de la Administración de justicia, en el sentido de que “las medidas que se adopten deben contribuir a garantizar el acceso ciudadano a una justicia independiente, oportuna, efectiva y transparente en condiciones de igualdad, respetando y promoviendo los mecanismos alternativos de solución de conflictos en los territorios, de manera que se garanticen los derechos fundamentales, la imparcialidad, impedir cualquier forma de justicia privada”.

No puede obviarse que la aplicación de estas bases a la justicia civil y mercantil resulta un pilar esencial para la consolidación de la política social y económica de aquellas civilizaciones que hayan sufrido un escenario de conflicto con impactantes consecuencias en el funcionamiento de la justicia y la economía.

Es por ello que el objeto de este capítulo se orienta a la delimitación de determinados aspectos de estudio de la legislación procesal civil española, en el marco de la comunitaria, cuyo estudio comparado con el Ordenamiento colombiano esperamos arroje interesantes conclusiones en su campo de estudio para las distintas medidas de reforma procesales civiles en el escenario del postconflicto.

De igual forma se abordarán otros puntos concretos de Derecho comparado destacables por su interés científico.

Apostar por la seguridad jurídica, por la aplicación concreta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por el proceso justo, por el proceso debido, traerá además muchas ventajas para el desarrollo social y económico de nuestros países. De cara a las inversiones –nacionales y extranjeras– que se puedan llevar a cabo es necesario que exista un buen funcionamiento de la administración de justicia dotada de medios personales y materiales suficientes, que existan leyes

procesales que provoquen la agilidad y eficacia de los procesos judiciales, lo cual va a dar confianza al ciudadano en la impartición de la justicia. Y junto con ello, se tienen que fomentar los medios alternativos a la jurisdicción para solucionar los conflictos que surjan, como puede ser el arbitraje y la mediación familiar, la civil y mercantil, la administrativa y hasta la penal.

En España hasta la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, la dispersión normativa de leyes procesales reinante con la LEC 1881 supuso la mayor objeción al cuerpo procesal español, aspecto que con la nueva norma se palió en pos de la sistematización de los procedimientos. Así lo constata la Exposición de Motivos de la LEC, cuando constató la aplicación de dos criterios inspiradores: “por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales”.

De este modo, la libertad de enjuiciamiento que tiene el legislador se habrá de ver comprometida tanto con la seguridad jurídica como la igualdad procesal. Resulta de vital importancia, igualmente, la búsqueda de la eficacia y la integración del Ordenamiento procesal español en la normativa de la Unión Europea, muy influenciado en materias concretas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión (v.gr. en materia de cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria, entre otras muchas).

II. LA JURISDICCIÓN AGRARIA COMO JURISDICCIÓN ESPECIAL EN EL ACUERDO FINAL ENTRE EL GOBIERNO DE COLOMBIA Y LAS FARC-EP DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2016

Así, el Acuerdo Final establece la llamada “jurisdicción agraria”, que a la luz de su tenor literal y atribución de competencias en el enjuiciamiento podemos definirla o catalogarla como especial al separarse de la civil común. No es la única jurisdicción especial presente en Acuerdo Final (si bien la única de materia civil), destacando la llamada “Jurisdicción Especial para la Paz” en el ámbito penal.

De este modo el Punto 1.1.5, p. 3º establece que en el marco de la jurisdicción agraria que se cree, el Gobierno se asegurará de la existencia de un recurso ágil y expedito para la protección de los derechos de propiedad.

En el mismo sentido, el Punto 1.1.8, p. 1º dispone que, con el propósito de regular los mecanismos de resolución de conflictos de tenencia, uso y fortalecimiento de la producción alimentaria, la garantía de la protección efectiva de los derechos de propiedad en el campo; y la promoción de la regularización de la propiedad rural, se pondrá en marcha una nueva jurisdicción agraria que tenga una adecuada cobertura y capacidad en el territorio, con énfasis en las zonas priorizadas, y con mecanismos que garanticen un acceso a la justicia que sea ágil y oportuno para la población rural en situación de pobreza, con asesoría legal y formación especial para las mujeres sobre sus derechos y el acceso a la justicia y con medidas específicas para superar las barreras que dificultan el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres sobre la tierra.

En un análisis comparado podemos destacar que, si bien la creación de órganos jurisdiccionales civiles especializados, bien como jurisdicción especializada o por la vía de la atribución de competencia objetiva específica (similar a los Juzgados de lo Mercantil españoles, como estudiaremos en el siguiente epígrafe) es un recurso plenamente legítimo para el legislador tendente al mejor conocimiento de los Tribunales de un determinado tipo de materias o problemáticas, entendemos que la proyección del Acuerdo Final presenta carencias significativas.

Destaca que no se especifican las competencias específicas de la jurisdicción agraria, lo que puede derivar en conflictos de competencia objetiva por conexidad. Puede compararse, por ejemplo, a la configuración de competencias de los Juzgados de lo Mercantil en el art. 86 ter o de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial española.

Igual problemática surgiría respecto a la introducción de los denominados “mecanismos que garanticen un acceso a la justicia ágil y oportuno”. Si bien cabe la introducción de procesos especiales o especialidades de procesos ordinarios que den virtualidad a la celeridad en los referidos casos, no se mencionan en qué consistirán tales mecanismos, dejando gran margen de discrecionalidad al legislador. En cualquier caso consideramos que las garantías procesales y el derecho de defensa deben ser una frontera a respetar, posicionándonos en un sentido similar a la configuración europea de los mismos (arts. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativo al Derecho a la tutela judicial efectiva, y 6 del Convenio Europeo de Derechos humanos, relativo al proceso equitativo).

III. LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL COMO ÓRGANOS ESPECIALIZADOS DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Como mascarón de proa para la contribución de un estudio comparado entre España y Colombia, consideramos que la figura de los juzgados de lo mercantil constituye un claro referente de especialización de los órganos jurisdiccionales en materia económica.

En el Ordenamiento español fueron introducidos con la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, implicando la modificación de los arts. 86 ter de la LOPJ; y 19 bis de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

Como fundamento, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio destaca que la creación de estos nuevos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil responde a un doble propósito.

Por una parte, se pretendió dar respuesta a la necesidad que plantea la Ley 22/2003, Concursal, que atribuye al juez del concurso el conocimiento de materias pertenecientes a distintas disciplinas jurídicas y que, hasta dicha ley, estaban asignadas a diferentes órdenes jurisdiccionales, lo que exige del titular del órgano jurisdiccional y del personal al servicio del mismo una preparación especializada. En efecto, la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento jurídico aconseja avanzar decididamente en el proceso de especialización.

Por otro, no existían impedimentos jurídicos ni fácticos para la reconversión de juzgados civiles en estos mercantiles de nueva creación.

En definitiva, los Juzgados de lo Mercantil, como expresión de la especialización y mejor organización de la Administración de Justicia, han de permitir seguir avanzando en el camino de una Justicia más rápida, ágil, eficaz y de mayor calidad, que redunde en beneficio de todos los ciudadanos (Perdiguero Bautista, 2004).

Estos nuevos órganos jurisdiccionales no son, estrictamente, juzgados civiles de primera instancia especializados, sino que constituyen un nuevo tipo de jueces dentro del orden jurisdiccional civil.

La regulación orgánica del Juez de lo Mercantil, desde el punto de vista de su competencia territorial, se contiene en el artículo 86 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Quesada López, 2017b, p. 301 y ss.). Con carácter general, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o varios juzgados de lo mercantil. Podrán establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia o extendiendo su jurisdicción a varias provincias atendidas la población, la existencia de núcleos industriales o mercantiles y la actividad económica.

Los juzgados de lo mercantil de Alicante tendrán competencia, además, para conocer, en primera instancia y de forma exclusiva, de todos aquellos litigios que se promuevan al amparo de lo previsto en el Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca de la Unión Europea, y Reglamento (CE) nº 6/2002, sobre los dibujos y modelos comunitarios. Dichos Juzgados extenderán su jurisdicción a todo el territorio nacional (llamados como Juzgados de Marca Comunitaria).

En su competencia objetiva, éstos juzgados conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), con exclusión de los concursos de personas físicas que no sean empresarios, que se atribuyen a los Juzgados de Primera Instancia desde la reforma de la LO 7/2015, y las acciones exclusivas de trascendencia patrimonial sobre el concursado especificadas en el art. 86 ter p. 1 de la LOPJ. Igualmente de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas; así como de las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional, o aquellas relativas a la aplicación del Derecho marítimo. Se incluyen igualmente las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios. Como bien señala, Cordón Moreno, el citado precepto de la LOPJ contiene una regla de atribución de competencia objetiva imperativa no siendo, por tanto, una simple norma de reparto, mediante la cual se asigna a esta clase de juzgados una determinada competencia (Cordón Moreno, 2016, pp. 78-80) –en materia concursal y extraconcursal– con exclusión de los juzgados de primera instancia (cfr. STS, Sala 1ª, de 16 de diciembre de 2001 (RJ 2012, 296)). Por lo demás, su vulneración puede afectar al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por

la ley reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución española, como señaló la sentencia del Tribunal Constitucional 191/2011, de 12 de diciembre, entre otras.

Caben incluirse los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento; así como los procedimientos de aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (decisiones de asociaciones de empresas que restrinjan la competencia del mercado interior de la Unión o explotación de una posición abusiva de una empresa en el mercado interior).

El tratamiento procesal de este tipo de competencia es el propio de la competencia objetiva: control de oficio y, en su defecto, a instancia de parte por medio de declinatoria (arts. 48 y 49 Ley de Enjuiciamiento Civil). En el supuesto de que los órganos jurisdiccionales involucrados (juzgados de primera instancia y juzgado de lo mercantil) se negaran a conocer de una determinada demanda, por entender ambos que carecen de competencia objetiva, se plantearía una cuestión negativa de competencia que resolvería el órgano inmediato superior común, de acuerdo con el art. 51 de la LOPJ, aplicando analógicamente lo previsto en el art. 60, 2 y 3, que regulan las cuestiones de competencia territorial.

En sede ejecutiva, los Juzgados de lo Mercantil tendrán competencia para el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, cuando éstas versen sobre materias de su competencia, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.

Como competencia funcional, en primera instancia conocerán los Juzgados de lo Mercantil (arts. 86 ter LOPJ), pero se prevé la especialización de secciones de las Audiencias Provinciales que conozcan en segunda instancia de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Mercantil (arts. 330.5. C LOPJ).

A nivel orgánico, los miembros de la Carrera Judicial podrán especializarse en los asuntos propios de los órganos de lo Mercantil, mediante la superación del proceso de especialización regulado en el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial (en sus arts. 54 a 60).

IV. LA LIBRE APORTACIÓN DE PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCESOS ESPAÑOL Y COLOMBIANO

Una de las cuestiones dignas de comentario comparativo entre los Derechos procesales civiles español y colombiano es el relativo a los sistemas de prueba pericial. La principal razón es la aprobación del Código General del Proceso (Ley 1564 de 12 de julio de 2012), cuya entrada en vigor se ha ido prolongando en el tiempo por aplicación del art. 627 del mismo Código hasta el año 2016. Una de las cuestiones en las que se introduce una mayor inflexión es en los sistemas de prueba pericial.

Es así que bajo la norma anteriormente en vigor, el Código del Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 6 de agosto de 1970), la prueba pericial sólo podía reclamarse por el juez, previa petición de las partes. De este modo los peritos tenían el estatus de auxiliar de la justicia (art. 9-1 a), y su designación sólo podía ser por el magistrado sustanciador y entre la lista oficial de auxiliares de la justicia. Esta designación se regulaba de forma directa por el juez, sin que mediase siquiera sorteo o insaculación.

Con el vigente Código General del Proceso, la prueba pericial se regula entre sus arts. 226 a 235. El gran cambio operado con el Código de 2012 es que las partes pasan a ser las que contratan y designan al perito, como estipula el art. 227, debiéndose aportar en la oportunidad de aportar pruebas o anunciar su aportación en un plazo no inferior a diez días. Como requisitos el art. 226 establece una serie de deberes de información e idoneidad que deberán constar en el dictamen (a modo de ejemplo documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística). Ello supone una mayor libertad para las partes y los abogados de contratar a los profesionales más idóneos.

El objeto de la pericia contenida en el propio art. 226 sería el especial conocimiento científicos, técnico o artístico para verificar los hechos que interesen al proceso, siempre que los dictámenes periciales no versen sobre puntos de derecho (salvo la prueba de la ley y costumbre extranjera). Esta sería una manifestación del principio *iura novit curia*, si bien el propio precepto abre la posibilidad de incluir los conceptos de un abogado en los alegatos. Este es un extremo que, si bien no se encuentra directamente regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, sí se encuentra definido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

español que en su Sentencia de la Sala de lo Civil núm. 103/2009 de 23 de febrero (RJ 2009\1509). Para el más Alto Tribunal español, la doctrina científica no es fuente del derecho y la prueba recae sobre hechos, no sobre el derecho discutido, por lo que un dictamen jurídico ni es prueba pericial ni documental. En consecuencia, no es admisible la aportación a los autos de un dictamen jurídico en tanto que la doctrina científica no es fuente del Derecho, sino que es un simple medio de conocerlo o profundizar en su estudio. El dictamen jurídico se consideraría en definitiva como una extensión de las alegaciones de las partes (el juzgador no precisa de ilustración y aleccionamiento), y sí que lo sería en materia de derecho extranjero y consuetudinario. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad (como apunta el Derecho colombiano) de aportar el contenido del dictamen jurídico a las alegaciones de los escritos procesales.

Uno de los puntos de la nueva legislación procesal civil colombiana sería lo relativo no ya a la prueba procesal aportada de parte, sino al dictamen pericial acordado de oficio por el juez en virtud de los arts. 230 y 231 del Código General del Proceso. Tales preceptos no dejan claro si al designar el juez de oficio un perito, si está obligado a aceptar la designación o no, al no disponerse ninguna disposición sobre los fondos económicos para afrontar la pericia. Este punto podría compararse con la provisión de fondos del perito designado judicialmente del art. 342 de la LEC española: si no se hubiere depositado la cantidad establecida, el perito quedará eximido de emitir el dictamen (con independencia de lo dispuesto para asistencia jurídica gratuita). Si una de las partes paga y la otra no no se le ha de dar la posibilidad al que ha pagado de completar la parte del otro, y si no el perito quedaría igualmente eximido de emitir dictamen (sin perjuicio de la parte sobre la que recaiga la futura condena en costas del proceso, que alcanzaría al dictamen del perito de conformidad al art. 241-1 4º de la LEC Española).

La prueba pericial en el ordenamiento español recibe el nombre de "dictamen de peritos", regulada en la Sección 5ª del Capítulo VI del Título I del Libro II de la LEC (arts. 335-332).

Podemos definirla como la actividad, desarrollada por iniciativa o a instancia de partes, en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas, elaboran y transmiten al tribunal información especializada dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso (De la Oliva Santos, 2016, pp. 193-200).

La evolución legislativa experimentada en Derecho colombiano se produjo en el Derecho procesal civil español. En la anterior LEC de 1881, los dictámenes periciales solo podían ser reclamados por el Tribunal, convirtiéndose el perito en un auxiliar del Juez. Su designación se hacía en el seno del Juzgado por insaculación, es decir, por azar de entre varios posibles, aunque en la práctica solían actuar siempre los mismos peritos –según la materia de que se tratara– en cada Juzgado: aquellos que gozaban de la confianza del Juez. Con la Ley 1/2000 se modifica radicalmente el sistema: al Juez le estaría vedado, como regla general (salvo en los procesos en que exista un interés público) ordenar pericias de oficio, debiendo ser las partes las que solicitan la prueba pericial, pudiendo presentar un dictamen elaborado por perito por ellas elegido o solicitar al Juez que le designe perito, lo que se hará mediante un turno entre profesionales colegiados previamente inscritos en una lista en el Juzgado según el art. 341 LEC (Banacloche Palao, 2019, p. 338).

El dictamen estaría conformado por la información que proporcionan personas con conocimientos científicos, artísticos o prácticos sobre principios de su ciencia, arte o práctica, en relación con los hechos y circunstancias fácticas de influencia en el proceso civil. Esto permite conocer hechos, apreciarlos o valorarlos.

Pueden ser titulados o no titulados, si poseen el título oficial que corresponda a la materia objeto de dictamen (art. 340 LEC). También individuales o corporativos (Academias, Instituciones e instituciones habilitadas, como personas jurídicas). Igualmente pueden ser aportados directa y libremente por las partes (Luaces Gutiérrez, 2004, p. 21) y designados por el tribunal (art. 355). En el caso de ser judicial, se designará por sorteo o insaculación de entre las listas de colegiados o asociados de Colegios profesionales, entidades análogas o instituciones culturales y científicas (Magro Servet, 2003) dispuestos a actuar como peritos (art. 341). Ambos cumplen la misma función con el dictamen y sus ulteriores funciones (han de prestar juramento o promesa y les incumbe la misma responsabilidad civil y penal derivado de su intervención en el proceso). Pero no obstante, los peritos designados por la parte pueden ser tachados, no recusados, como sí pueden serlo los designados por el tribunal.

Según el art. 366 LEC, los dictámenes elaborados por peritos de parte tienen su razón en que se estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus

derechos. En base a la simplicidad procedimental, las partes deben aportar los dictámenes el inicio del proceso (demanda, contestación o reconvencción). Si no deben justificar de no aportarlos en el momento inicial. Tienen la carga de justificarlo, y debe darse traslado a la parte contraria al menos cinco días antes de iniciarse la audiencia o vista.

En la aportación debe especificarse si desean que los peritos comparezcan en el juicio, si deben exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones y propuestas de rectificación o intervenir para entender o valorar el dictamen. Igualmente puede pedir el tribunal de oficio la comparecencia del perito en el juicio o vista.

La tacha del perito se configura como control de la parcialidad. El art. 344 LEC dispone que sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente cuya parcialidad se vea comprometida. La recusación implica que el perito recusado será sustituido por otro suplente.

En el caso de peritos de parte, pueden ser objeto de tacha cuando concurren algunas de las circunstancias del art. 343 LEC (ser cónyuge o pariente de la parte o del abogado, tener interés directo o indirecto en el asunto; estar o haber estado en situación de dependencia, comunidad o contraposición de intereses; amistad íntima o enemistad; cualquier otra circunstancia que les haga desmerecer en el concepto profesional.). Se trata del llamado "*informe de complacencia*" hecho ex profeso que no está dotado de la especial protección que resulta de un peritaje objetivo y veraz (STS 575/2016 de 30 septiembre, caso de un dictamen psiquiátrico emitido por médico contratado por la esposa interesada en declarar la incapacidad del esposo).

Cualquier parte interesada podrá dirigirse al tribunal a fin de negar o contradecir la tacha, aportando los documentos que consideren pertinentes a tal efecto. Si la tacha menoscabara la consideración profesional o personal del perito, podrá éste solicitar del tribunal que, al término del proceso, declare, mediante providencia, que la tacha carece de fundamento.

El tribunal tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba. Si apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara, podrá

imponer a la parte responsable una multa (60 a 600 euros). Es el caso de la tacha “temeraria” o desleal.

El momento procesal de la tacha es variable. En el juicio verbal, no podrán formularse después del juicio o de la vista. En el juicio ordinario, las tachas de los peritos autores de dictámenes aportados con demanda o contestación se propondrán en la audiencia previa al juicio (Rifá Soler, 2010, p. 1975).

Tras la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil, salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto.

V. LAS TIC'S EN LOS DERECHOS PROCESALES CIVILES ESPAÑOL Y COLOMBIANO

Con el escenario de Pandemia mundial por el COVID-19 los Ordenamientos jurídicos del mundo se han visto obligados a modernizar y adaptar las diferentes Administraciones de justicia para adaptar los diferentes actos y fases a un escenario no presencial. Los Ordenamientos jurídicos español y colombiano no han sido una excepción, si bien ambos han ido con el paso de los años adaptando sus respectivas legislaciones.

Desde el punto de vista de Derecho colombiano destaca la promulgación del Decreto legislativo nº 806 de 4 de junio de 2020, que introduce de forma directa el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's) en la Administración de Justicia dado el Estado de emergencia económica, social y ecológica. El espíritu de esta norma es tomar medidas que sigan permitiendo la reanudación de la prestación del servicio esencial de la justicia y evitar la propagación de los graves efectos sociales y económicos. De este modo, al impedir diversas disposiciones procesales el trámite de algunas actuaciones de manera virtual, se crean herramientas que lo permitan (por ejemplo en materia procesal civil el apoderamiento personal del art. 74 del Código General del Proceso). La solución a este fenómeno, como plantea el art. 1 del Decreto legislativo nº 806 sería implementar el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en las actuaciones judiciales y agilizar los trámites en todas las jurisdicciones.

Entre otras medidas incluidas en el Decreto legislativo nº 806 se incluirían el deber de utilizar las tecnologías de la información y de las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales (art. 2) para todas las partes del proceso y las autoridades jurisdiccionales, el deber de los sujetos procesales realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos (art. 3), la posibilidad de conferir poder mediante mensaje de datos sin firma manuscrita (art. 5), y la presentación de demandas y comunicaciones procesales por medio de canal digital (arts. 6 y 11).

No es la primera vez que el Ordenamiento jurídico colombiano introduce el uso de las TIC's. Destaca la Ley 527 de 18 de agosto de 1999, por medio de la cual se definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, estableciéndose entidades de certificación.

De igual forma el Código General del Proceso alude en diferentes preceptos al uso de las TIC's en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Tales serían el art. 103 (en virtud del cual en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información, permitiéndose las actuaciones por medio de mensajes de datos), el 109 (sobre la presentación de escritos por cualquier medio idóneo) o el 111 (sobre la comunicación de los jueces con las autoridades o los particulares por cualquier medio técnico de comunicación que tenga a su disposición).

Respecto a los documentos electrónicos el art. 247 del referido Código General del Proceso establece que serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. Respecto a su valor probatorio expresamente se delimita que la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.

El Ordenamiento jurídico-procesal español tampoco ha sido sensible al escenario de pandemia mundial, destacando la promulgación del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Por su relevancia en materia de TIC's destaca su art. 19, en cuya virtud durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización los actos de juicio,

comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello. La jurisdicción penal quedaría exenta de tal requisito, siendo en todo caso necesaria la presencia física del acusado.

Pero la anterior norma no es la única con trascendencia en materia de TIC's. Reviste igualmente de interés el avance en la introducción de los medios telemáticos en el Ordenamiento español, por medio de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, tiene el espíritu de otorgar progresivamente carácter subsidiario al soporte papel, a fin de facilitar la efectividad de la gestión y tramitación documental con la obligación, a través del sistema LexNet, de que los operadores jurídicos entreguen sus escritos por vía telemática (Juan Gómez, M., 2015). Por lo tanto, esbozaremos algunas de las novedades legislativas introducidas por medio de ésta reforma.

Respecto a la presentación y recepción de escritos telemáticos, por medio del nuevo art. 273 LEC todos los profesionales de la justicia están obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia (Sistema "LexNet") para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la presentación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que éstas se hicieren.

Igualmente los órganos jurisdiccionales y las fiscalías españolas están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones. Los documentos emitidos por los referidos medios gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales (arts. 230 1 y 2 de la LOPJ).

La comentada reforma, junto con la Ley 19/2015, de 13 de julio, conceden un marco regulatorio a la subasta electrónica. Se prevé tanto para bienes muebles como para bienes inmuebles por medio de pujas electrónicas. Los licitadores deberán estar dados de alta como usuarios del sistema web, accediendo al mismo mediante mecanismos seguros de identificación y firma electrónica, y realizar la

correspondiente consignación del 5 por ciento del valor de los bienes, que se llevará a cabo por medios electrónicos a través del propio Portal de Subastas. Durante su celebración el Portal de subastas informará de la existencia de pujas y su cuantía (Achón Bruñén, M.^a J., 2015).

Por último, si bien no introducido con la reforma comentada sino con el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 20 de febrero de 2002, destaca el Punto Neutro Judicial como medio de averiguación telemática del patrimonio del deudor ejecutado como complemento a lo establecido en los arts. 590 y 591 LEC. Se configura como una red de servicios que ofrece por medio de navegador web a los Órganos Judiciales los datos necesarios en la tramitación judicial mediante accesos directos a las aplicaciones y bases de datos del propio Poder Judicial, de la Administración General del Estado, y de otras instituciones (registros, notarios o entidades bancarias) con el objeto de facilitar y reducir los tiempos de tramitación.

VI. LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL Y SU APLICACIÓN TRANSNACIONAL ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA

La mediación se ha introducido en nuestro ordenamiento como necesidad de dos normas internacionales: la Directiva 2008/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

De este modo entendemos el encaje de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y de las normas que la complementan tales como el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley; o la Ley 14/2013, de 27 de diciembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que modifica la Ley Concursal introduciendo la figura del mediador concursal (Cabrera Mercado, 2017, pp. 133 y ss.).

En su naturaleza jurídica se configura como un instrumento de resolución de conflictos privados que puede ser alternativa al proceso judicial y a la vía arbitral, de los que se diferencia claramente, articulándose en torno a la intervención de un profesional que facilita que las propias partes resuelvan el conflicto.

A su vez las partes son partes los titulares de derechos subjetivos que se encuentran en situación de disponer libremente sobre los mismos (art. 10 LM). Es por ello que la actuación del mediador se debe basar en la buena fe y respeto mutuo, quedando sujeto a confidencialidad lo tratado en el procedimiento. No podrán ejercitar acción judicial, debiendo interponer declinatoria si la otra lo incumple (art. 10.3 y 2 III LM).

Como estatuto, puede ser persona física, singular o plural (art. 18 LM) o una entidad; o una institución o servicio de mediación reconocido por las administraciones públicas (art. 11.1). Se requiere una formación específica (arts. 11.2 y 12), desarrollada a través del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre (arts. 3-7). Igualmente está obligado el mediador a subscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad derivada de su actuación (art. 11 LM y arts. 26-29 RD 980/2013). Su actuación debe caracterizarse por la imparcialidad, neutralidad, sujeción a confidencialidad, búsqueda del logro de acercamiento de las partes para una solución dialogada, equilibrando sus posiciones y responsabilidad para el cumplimiento fiel de su encargo (Cabrera Mercado, y López Fernández, 2018).

El procedimiento se inspira en la falta de rigor formalista y la flexibilidad, lo que no impide que se establezcan una serie de normas procedimentales. Además, se prevé la posibilidad de que las actuaciones se desarrollen por medios electrónicos (arts. 24.1 y 2 LM; arts. 30-38 RD 980/2013).

La solicitud de inicio puede iniciarse de dos maneras: bien por un acuerdo de las partes, designando el mediador o la institución, el lugar en que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las mismas (art. 16.1); o a iniciativa de una de las partes en cumplimiento de un pacto previo. Cuando la mediación se acuerde en el seno de un proceso judicial, las partes pedirán la suspensión de éste (art. 16.3 LM).

Recibida la solicitud, se cita a las partes para celebrar la sesión informativa. La inasistencia injustificada se equipara al desistimiento. El mediador informará sobre las causas que pueden afectar su imparcialidad y de cuáles son su profesión, formación y experiencia. También de las características de la mediación, su coste, el procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que pueden alcanzar. Este procedimiento puede tener algunas especialidades en función de la materia objeto de mediación, como el incumplimiento de un préstamo hipotecario (Quésada López, 2017a, pp. 197 y ss.).

Concluido el procedimiento debe atenderse a la ejecución del acuerdo de mediación, y en especial de la ejecución transfronteriza. El mediador informará del carácter vinculante del acuerdo y de la posibilidad de instar que se eleve a escritura pública para que constituya un título ejecutivo (art. 23 LM). La ejecución de acuerdo de mediación es competencia del tribunal que homologó el acuerdo (art. 26.I LM), según lo previsto en la LEC.

Siendo un acuerdo formalizado tras el procedimiento de mediación, corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se hubiera firmado el acuerdo de mediación (art. 26.II LM).

Para la Ejecución de acuerdos transfronterizos habrá que estar a lo dispuesto en el art. 27 LM (lo dispuesto en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, procedimiento judicial de exequátur), sin perjuicio de lo que disponga la normativa de la Unión Europea (Reglamento No 1215/2012 "Bruselas I bis") ni los convenios internacionales vigentes.

Si no se ha declarado ejecutable en el estado de origen, debe elevarse a escritura pública por notario español como requisito de formalización. Igualmente el documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte contrario al orden público español.

En el caso de los procedimientos de mediación transfronterizo entre España y Colombia resulta de aplicación el Convenio sobre ejecución de sentencias civiles entre España y Colombia, hecho en Madrid el 30 mayo 1908. Bajo su dicción, podrán ejecutarse las sentencias dictadas por los tribunales comunes de los dos estados siempre que se reúnan dos circunstancias: que sean definitivas (en el caso de resoluciones judiciales) y que estén ejecutoriadas como en derecho se necesitaría para ejecutarlas en el País en que se hayan dictado (resultando de aplicación lo dispuesto en el art. 517 2º-2 LEC respecto de los acuerdos de mediación como títulos ejecutivos que llevan aparejada ejecución); así como que no se opongan a las leyes vigentes en el Estado en que se solicitó su ejecución. En tal caso, antes de ejecutarse la sentencia deberá oírse al Ministerio Público o Fiscal, de acuerdo con la legislación del estado donde se pretenda ejecutar, excluyéndose contra el auto o sentencia que dictare el Tribunal requerido, la interposición de recurso de apelación.

Bibliografía

- Achón Bruñén, M.^a J. (2015). La reforma de las subastas judiciales por las Leyes 19/2015, de 13 de julio y 42/2015, de 5 de octubre: problemas que se solventan y nuevos que se generan, *Diario La Ley*, N° 8644, Sección Doctrina.
- Banacloche Palao, J. (2019). Los medios de prueba y el desarrollo anormal del proceso. Aspectos fundamentales del Derecho procesal civil, Editorial Wolters Kluwer.
- Cabrera Mercado, R. (2017). El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal como sistema alternativo al concurso de acreedores. Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal, Editorial Aranzadi.
- Cabrera Mercado, R. y López Fernández, R. (2018). La mediación civil, mercantil y concursal, Editorial Wolters Kluwer.
- Cordón Moreno, F. (2016). Cuestiones Procesales prácticas. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- De la Oliva Santos, A. (2013). Curso de Derecho Procesal Civil II. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Juan Gómez, M. (2015). 10 cosas que deberías saber sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Diario La Ley*, N° 8644.
- Luaces Gutiérrez, A. I. (2004). Modalidades de dictamen de peritos en la LEC: especial consideración a su compatibilidad o incompatibilidad en el proceso, *Práctica de Tribunales*, N° 4, Sección Estudios.
- Magro Servet, V. (2003). La prueba pericial ante los nuevos juzgados de lo mercantil, *Diario La Ley*, N° 5870, Sección Doctrina, Ref. D-226.
- Perdiguero Bautista, E. (2004). La especialización judicial mercantil. Avanzando hacia una justicia ágil, moderna y eficaz. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 1/2004, Sección Varia.

- Quesada López, P. M. (2017a). La intergración de los medios de solución auto-compositivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria: problemáticas desde la perspectiva procesal y propuesta de fase prerealizatoria. La mediación como método para la resolución de conflictos, Editorial Dykinson.
- Quesada López, P. M. (2017b). Cuestiones controvertidas sobre la competencia objetiva entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil. Revista jurídica de Catalunya, Vol. 116, Nº 2.
- Rifá Soler, J. M. (2010). Aspectos procesales referentes a la impugnación y valoración de la prueba pericial en el proceso civil, Actualidad Civil, N.º 17, tomo 2.

PEREGRINAJE DE JAMES GOLDSCHMIDT POR LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS ACOSADO POR EL NAZISMO

Manuel Cachón Cadenas

Catedrático de Derecho Procesal (Universidad Autónoma de Barcelona)

Sumario: I. LA VINCULACIÓN CON ESPAÑA: UNA ETAPA POCO CONOCIDA EN LA TRAYECTORIA VITAL Y ACADÉMICA DE GOLDSCHMIDT. II. SEMBLANZA BIOGRÁFICA. III. UN PROCESALISTA DE EXTRAORDINARIA ORIGINALIDAD. IV. VÍCTIMA DE LA PERSECUCIÓN PERPETRADA POR EL RÉGIMEN NAZI. V. EL CURSILLO SOBRE TEORÍA GENERAL DEL PROCESO IMPARTIDO EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID. PUBLICACIÓN EN LENGUA ESPAÑOLA DEL LIBRO DEDICADO A ESTE TEMA. VI. EL CURSILLO SOBRE APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO PENAL IMPARTIDO EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL. PUBLICACIÓN DEL TRABAJO SOBRE METODOLOGÍA JURÍDICO-PENAL. VII. CURSILLO ACERCA DEL PROCESO PENAL DADO EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID. VIII. EL NOMBRAMIENTO DE PROFESOR ENCARGADO DE CURSO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA. LAS LECCIONES IMPARTIDAS EN ESTA UNIVERSIDAD. IX. LAS CONFERENCIAS DICTADAS EN LAS UNIVERSIDADES DE ZARAGOZA Y SEVILLA. X. CONTINUACIÓN DE LAS RELACIONES ACADÉMICAS DE GOLDSCHMIDT CON ALGUNOS PROCESALISTAS ESPAÑOLES EN ALEMANIA. XI. LOS ÚLTIMOS CURSILLOS IMPARTIDOS EN LAS UNIVERSIDADES DE BARCELONA Y VALENCIA. XII. OTROS DOS PROYECTOS FRUSTRADOS. XIII. HUIDA A CARDIFF. EXILIO EN MONTEVIDEO. FALLECIMIENTO.

I. LA VINCULACIÓN CON ESPAÑA: UNA ETAPA POCO CONOCIDA EN LA TRAYECTORIA VITAL Y ACADÉMICA DE GOLDSCHMIDT

James Goldschmidt es, sin duda, uno de los procesalistas y, en general, juristas europeos más destacados de la primera mitad del siglo XX¹. La relación de

¹ Desde estas páginas quiero enviar a mi querido amigo y compañero el Profesor José Martín Ostos mis mejores deseos para la nueva etapa de su vida, que ha iniciado con su jubilación administrativa.

Goldschmidt con los procesalistas españoles durante los años de la Segunda República ilustra bien la prometedora situación que había alcanzado la Universidad en España antes de que se produjera el terrible desastre de 1936².

En aquel periodo, cuando ya era una auténtica celebridad en el mundo de los estudios jurídicos, Goldschmidt residió varias temporadas en España y mantuvo una estrecha vinculación académica con los jóvenes procesalistas españoles de aquel tiempo, hasta el punto de convertirse en un integrante más de la doctrina procesal española, si por tal se entiende el conjunto de estudiosos que en España cultivaban y enseñaban esta disciplina, y publicaban trabajos sobre temas procesales. Dada la distancia sideral que, en cuanto a edad y prestigio, mediaba entre los procesalistas españoles y Goldschmidt, se podría decir que éste pasó a ser una especie de patriarca intelectual de la doctrina procesal hispana.

Goldschmidt, que ya rondaba los sesenta años de edad, aprendió rápidamente el español. Si bien utilizó el francés para pronunciar sus primeras conferencias en España, los restantes cursillos y conferencias los dio en lengua española. Además, se atrevió a redactar y publicar trabajos jurídicos directamente en castellano, aunque contando con alguna ayuda gramatical de sus colegas españoles, que él agradeció después en las respectivas publicaciones.

El procesalismo español estaba encabezado por Francisco Beceña, que por entonces tenía poco más de cuarenta años de edad, y en él figuraban también José Ramón Xirau Palau y los veinteañeros Emilio Gómez Orbaneja, Leonardo Prieto-Castro y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que accedieron, los tres, a sus respectivas cátedras de Derecho Procesal durante aquellos mismos años. A ellos se han de añadir otros discípulos de Beceña aún más jóvenes, como Ángel Enciso, Manuel Perales y Javier Malagón Barceló.

² Acerca de la obra procesal de Goldschmidt, vid., por ejemplo, LIEBMAN, "L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale", en *Rivista di diritto processuale*, 1950, pp. 328-343; PRIETO-CASTRO, *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, I, pp. 758 y ss.; ID., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1972, tomo I, pp. 226 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978, pp. 30 y ss., y 131 y ss.; SELLERT, "James Paul Goldschmidt (1874-1940): un eminente procesalista (civil y penal)", trad. José Balcázar Quiroz, en *Ius Fugit. Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, nº 18, 2015, pp. 201 y ss.

Como ocurrió con otros insignes universitarios alemanes de ascendencia judía (en el campo jurídico basta recordar el caso de Hermann Heller, fallecido en Madrid en 1933), la relación de Goldschmidt con España y con la Universidad española fue provocada por la toma de poder por parte del nacionalsocialismo alemán, y las subsiguientes persecuciones y represalias desencadenadas por el régimen nazi contra esos profesores.

La vinculación de Goldschmidt con España durante los años de la Segunda República es una de las facetas menos conocidas de la trayectoria vital e intelectual del gran jurista alemán.

Su último biógrafo español, Jacobo López Barja de Quiroga, indica que Goldschmidt hizo una primera estancia en la que impartió conferencias en diversas Universidades españolas, y posteriormente se refugió en España, pero, al poco de instalarse en España, estalló la Guerra Civil española, por lo que decidió viajar a Inglaterra y Cardiff (País de Gales)³.

Ese relato, al igual que los incluidos en otras notas biográficas sobre Goldschmidt, difiere bastante de lo realmente ocurrido, como trataré de poner de manifiesto en este trabajo.

Mencionaré otro ejemplo del defectuoso conocimiento existente acerca de la actividad desplegada por Goldschmidt en España. Su biógrafo alemán Wolfgang Sellert dice que, después de haber ejercido como profesor invitado en las Universidades de Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla y Zaragoza desde 1933, ya no pudo pronunciar conferencias en el extranjero a partir de 1936 debido a que se le había retirado en Alemania la *venia legendi* a finales de 1935⁴.

No obstante, según mostraré, Goldschmidt pudo seguir impartiendo conferencias en España hasta las vísperas de la guerra civil.

³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "James Goldschmidt: un gran jurista perseguido por el fascismo", en GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, edición dirigida por Jacobo López Barja de Quiroga, tomo I, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, 2010, pp. 27 y 29.

⁴ SELLER, "James Paul Goldschmidt (1874-1940): un eminente procesalista (civil y penal)", cit., p. 196.

La información que Alcalá-Zamora y Castillo incluyó en el trabajo que dedicó a Goldschmidt en 1944 es la fuente en la que se han apoyado los sucesivos autores que se han ocupado de ese tramo de la vida y la obra de Goldschmidt⁵. Pero Alcalá-Zamora redactó aquel estudio en el exilio, con escaso auxilio documental. Por ello, es natural que incurriera en algunas omisiones e imprecisiones, que se han ido reproduciendo en los trabajos posteriores referidos a Goldschmidt, y que, siquiera sea en una pequeña medida, trataré de subsanar en este escrito con ayuda de las hemerotecas y de alguna documentación de archivo.

Alcalá-Zamora y Castillo indica que su estudio no es propiamente una necrología de actualidad (Goldschmidt había fallecido en 1940), pero se percibe en él la voluntad de rendir un afectuoso homenaje a la memoria del extraordinario jurista alemán. Así lo declara expresamente Alcalá-Zamora:

“ni podía ni quería pasar en silencio la muerte de un hombre que a la Ciencia jurídica y singularmente al Derecho procesal ha legado una obra monumental, cual muy pocas, y que a quienes fuimos sus amigos leales de los días amargos, nos ha dejado el recuerdo imperecedero de su vida ejemplar, de su conducta rectilínea, de su conversación aleccionadora y amena, y el de una bondad de sentimientos que corría pareja –y es el mejor y más exacto elogio que se le puede hacer– con la profundidad de su saber”⁶.

II. SEMBLANZA BIOGRÁFICA

Antes de referirme a los vínculos de Goldschmidt con la doctrina procesal española, haré una pequeña semblanza biográfica⁷.

⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 691-706.

Por otra parte, el trabajo citado del insigne procesalista español también fue incluido, con pequeñas modificaciones, en la edición póstuma de la obra de GOLDSCHMIDT, *Problemas generales del Derecho*, Buenos Aires, 1944, pp. 143-166.

⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, cit., pp. 693-694.

⁷ Para la biografía de James Goldschmidt, vid. SELLERT, “James Paul Goldschmidt (1874-1940): un eminente procesalista (civil y penal)”, cit., pp. 194 y ss.; MUERZA ESPARZA, “James Goldschmidt”, en *Juristas universales. Juristas del siglo XIX*, vol. III, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 915-917; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “James Goldschmidt: un gran jurista perseguido por el fascismo”, en GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, tomo I, cit., pp. 15-29.

Goldschmidt nació en Berlín el 17 de diciembre de 1874 en el seno de una acomodada familia judía de banqueros. Estudió Derecho en Berlín y Heidelberg. Obtuvo el doctorado en 1895 defendiendo una tesis sobre la tentativa en Derecho Penal⁸. En 1900 fue nombrado Asesor de Tribunal. Al año siguiente consiguió la habilitación con un trabajo sobre los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, publicado en 1902⁹, y comenzó a impartir clases como *Privatdozent*.

En 1906 contrajo matrimonio con Margaret Lange. El matrimonio tuvo cuatro hijos: Robert, Werner, Viktor y Ada. Los dos primeros, a los que volveré a aludir posteriormente, se dedicaron también al Derecho.

En 1908 fue nombrado profesor extraordinario, accediendo en 1919 a la condición de profesor ordinario de Derecho Procesal Civil y Derecho Penal en la Universidad de Berlín¹⁰. Asimismo, desde 1919 hasta 1933 dirigió el Instituto de Derecho Penal de esa Universidad. En 1931 Goldschmidt fue elegido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín. Fue también miembro de la Comisión estatal para el examen de abogado y formó parte de la Junta de la Unión Internacional de Derecho Penal.

⁸ GOLDSCHMIDT, *Die Lehre von unbeendigten und beendigten Versuch*, Breslau, 1895.

⁹ GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlín, 1902.

¹⁰ Fue en esa época cuando Goldschmidt trabó su primera relación académica con un procesalista español. Se trataba de Gabriel Bonilla Marín, catedrático de Procedimientos Judiciales en la Universidad de Granada. Bonilla había conseguido una beca de la Junta para Ampliación de Estudios que le permitió efectuar una larga estancia en Alemania durante los años 1922 y 1923. Estudió con importantes procesalistas alemanes en las Universidades de Berlín, Leipzig y Múnich. En Berlín siguió estudios con Goldschmidt, Kohlrausch, Stammler y Wolff (vid. MARTÍNEZ CHÁVEZ y CONDE NARANJO, "Bonilla Marín, Gabriel", en *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)*, www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos

Desgraciadamente, Bonilla no dejó obra procesal publicada. Su mayor mérito en este campo jurídico fue el haber atraído a estos estudios a su alumno Leonardo Prieto-Castro, que lo recordó con agradecimiento: "a la Universidad de mi ciudad natal, Granada, debo las primeras facilidades de contacto con el mundo de la literatura procesal científica extranjera, pues allí el profesor Bonilla Marín, de quien aprendí las primeras lecciones en esta rama científica, había constituido un fondo bibliográfico modesto, desde luego, pero suficiente para despertar estímulos y curiosidad" (vid. PRIETO-CASTRO, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, vol. I, p. V).

III. UN PROCESALISTA DE EXTRAORDINARIA ORIGINALIDAD

Aunque Goldschmidt cultivó brillantemente diversas ramas jurídicas, es conocido, sobre todo, por su labor como procesalista. En el ámbito del Derecho Procesal su primera aportación relevante fue el trabajo de juventud sobre lo que él denominó derecho justicial material¹¹, que implicaba un intento doctrinalmente muy ambicioso de reconstrucción teórica global del Derecho Privado considerado desde el punto de vista del Derecho Público.

Pero su máxima contribución a los estudios procesales fue la teoría del proceso como situación jurídica, que expuso ampliamente en la monografía *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens* (Berlín, 1925)¹², y que inspiró sus publicaciones procesales posteriores, incluido su tratado de Derecho Procesal Civil. Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, aquella monografía de Goldschmidt es "el libro más revolucionario que desde la llamada edad de oro del procesalismo alemán (Bülow, Wach, Kohler, etc.) se haya compuesto; pero es a la vez profundamente constructivo"¹³. Por su parte, Prieto-Castro valoró como "genial obra" la monografía de Goldschmidt¹⁴.

La dogmática procesal alemana anterior había aplicado los esquemas propios de la Pandectística al estudio del proceso, configurando éste como una relación jurídica, esto es, la denominada relación jurídica procesal, distinta de la relación jurídica sustantiva deducida en juicio¹⁵.

¹¹ GOLDSCHMIDT, "Materielles Justizrecht", incluido en la obra colectiva *Festgabe für Bernhard Hübler*, Berlín, 1905, pp. 85 y ss.

Este trabajo se puede consultar también en castellano: vid. GOLDSCHMIDT, "Derecho Justicial Material", traducción de Jacobo López Barja de Quiroga y León García-Comendador Alonso, en GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, tomo I, cit., pp. 633-677.

¹² Asimismo, esta obra se puede consultar también en lengua española: vid. GOLDSCHMIDT, *El proceso como situación jurídica*, traducción de Jacobo López de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero y León García-Comendador Alonso, en GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, cit., tomo III, 2015, *passim*.

¹³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, "James Goldschmidt", cit., p. 695.

¹⁴ PRIETO-CASTRO, *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, cit., p. 761.

¹⁵ A la elaboración de la teoría del proceso como relación jurídica contribuyeron procesalistas alemanes de primera fila, tales como Oskar von Bülow, Josef Kohler, Adolf Wach y Konrad Helwig, entre otros. Chiovenda introdujo en Italia esa construcción dogmática, que fue desarrollada y perfeccionada por el propio Chiovenda y sus discípulos.

A esta construcción dogmática Goldschmidt opondría su original teoría del proceso como situación jurídica, en la que los derechos y deberes inherentes a la idea de relación jurídica son sustituidos por las expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas que corresponden a cada una de las partes procesales. Éstas tienen expectativas más o menos fundadas de obtener una sentencia favorable, que pueden incrementar consiguiendo ventajas procesales mediante la utilización de las posibilidades de actuación procesal que les ofrece la ley. A su vez, las cargas implican la necesidad de llevar a cabo una determinada actuación procesal para evitar una merma de las expectativas de lograr una sentencia favorable. Al llevar a cabo esa actuación, la parte se libera de la carga procesal que pesaba sobre ella.

La construcción teórica de Goldschmidt fue objeto de diversas críticas dentro y fuera de Alemania¹⁶. Una de las críticas más severas fue la que formuló Piero Calamandrei¹⁷, quien, entre otras cosas, afirmó que Goldschmidt veía el proceso no como debería ser según el derecho procesal, sino como es en la realidad práctica, independientemente y fuera del derecho, y que, si bien el virtuosismo teórico del trabajo de Goldschmidt le parecía admirable, no ayudaría a que la justicia fuera menos injusta de lo que era.

No obstante, años después el maestro italiano cambiaría radicalmente su planteamiento, dedicando a la figura y la obra de Goldschmidt un trabajo muy elogioso con un título harto significativo: “Un maestro di liberalismo processuale”¹⁸, en el que afirmaba que:

“James Goldschmidt ha sido el teórico más original y penetrante; la originalidad de su intuición expuesta de manera cautivante en el célebre libro *Der Prozess als Rechtslage* (1925), y la rigurosa coherencia de la reconstrucción sistemática de todo el proceso civil, que él llevó a cabo en el posterior tratado general, parecen cada vez más eminentes cuanto más se aleja uno de aquellos años [...] la figura de Goldschmidt se hace

¹⁶ PRIETO-CASTRO, *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, cit., pp. 761 y ss.

¹⁷ CALAMANDREI, “Il processo come situazione giuridica”, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1927, pp. 219-226.

¹⁸ CALAMANDREI, “Un maestro di liberalismo processuale”, en *Rivista di diritto processuale*, 1951, pp. 1-8.

en la lontananza cada vez mejor reconocible, como la de un estudioso de excepción, que tuvo, como pocos, algo nuevo y de importante que decir, y cuya obra marca verdaderamente, en el camino de los estudios de Derecho procesal, una piedra miliar”.

A las publicaciones mencionadas de Goldschmidt hay que añadir su tratado de Derecho Procesal Civil¹⁹, traducido al castellano por Prieto-Castro con adiciones de Derecho español de Alcalá-Zamora y Castillo²⁰.

Además, el pensamiento jurídico de Goldschmidt sigue teniendo notable influencia en la actualidad. Este hecho explica y justifica que algunas de las obras jurídicas más importantes de Goldschmidt hayan sido publicadas de nuevo en España recientemente en una edición a cargo de Jacobo López Barja de Quiroga integrada por tres tomos, y que se ha de calificar como una encomiable iniciativa editorial²¹.

IV. VÍCTIMA DE LA PERSECUCIÓN PERPETRADA POR EL RÉGIMEN NAZI

Tras la toma de poder por los nazis, la situación personal y académica de Goldschmidt en Alemania cambió radicalmente.

En la prensa generalista de aquella época, una de las primeras voces de alarma fue la que dio Augusto Assía (seudónimo de Felipe Fernández Armesto) en la edición de *La Vanguardia* del 20 de abril de 1933, en la que ya aparecía mencionado Goldschmidt. Augusto Assía, que era corresponsal de *La Vanguardia* en Berlín, se refería en su crónica a los primeros profesores de origen judío

¹⁹ GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 1ª ed., Berlín, 1929; 2ª ed., Berlín, 1932.

²⁰ GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. de Leonardo Prieto-Castro con adiciones sobre la doctrina y la legislación españolas por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Editorial Labor, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936. La versión española incluía la traducción de la Ordenanza Procesal Civil alemana, realizada también por Prieto-Castro. Esta traducción de Prieto-Castro ha sido reeditada recientemente: GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. de Leonardo Prieto-Castro, en *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, tomo II, 2010, pp. 23-578.

²¹ GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, cit. (los tomos I y II aparecieron en 2010, mientras que el tomo III se publicó en 2015).

expulsados de la Universidad por el régimen nazi: “el nacional-socialismo (...) ha eliminado a 16 profesores; los ha ‘amputado’, como se dice ahora en el idioma oficial”. Mencionaba después a varios de los juristas expulsados de las Universidades alemanas, entre ellos Heller y Kelsen, y formulaba el siguiente pronóstico:

“Y no tardarán seguramente en ser [*expulsados*] los dos grandes civilistas, también judíos, Wolff y Goldschmidt. El mismo rector de la Universidad de Berlín, el gran penalista Kohlrausch, maestro de Jiménez de Asúa, acaba de ser ‘avisado’ por el ministro de Cultura”.

La predicción de Augusto Assía se cumplió. En septiembre de 1933 el Gobierno nazi prohibió a Goldschmidt impartir clases. En marzo de 1934 el régimen nacionalsocialista ordenó también su adscripción forzosa a la Universidad de Frankfurt. Asimismo, el Gobierno nazi decretó su jubilación anticipada con una pensión mísera, hasta el punto de que Goldschmidt sólo recibía el 35 % de la cantidad que le hubiera correspondido percibir en una jubilación ordinaria²². En diciembre de 1935 Goldschmidt escribió al Director Administrativo de la Universidad de Berlín, quejándose de que no podía hacer frente al pago de los intereses hipotecarios de la casa, que no podía adquirir el carbón necesario para la calefacción de su vivienda, y que tampoco estaba en condiciones de arrendar su casa de forma rápida²³. A finales de 1935 Goldschmidt fue privado también de la *venia legendi*.

José Ramón Xirau Palau, que era catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Barcelona, publicó en 1933 en la *Revista Jurídica*²⁴, que él mismo dirigía²⁵, una breve pero interesante nota sobre la persecución desatada en

²² SELLERT, “James Paul Goldschmidt (1874-1940): un eminente procesalista (civil y penal)”, cit., p. 196.

²³ SELLERT, “James Paul Goldschmidt (1874-1940): un eminente procesalista (civil y penal)”, cit., p. 196.

²⁴ XIRAU PALAU, “Els professors alemanys i la situació política de llur poble”, en *Revista Jurídica*, nº 5, 1933, p. 56.

²⁵ La revista mencionada en la nota anterior fue fundada en 1932 por Xirau, quien fue también el director durante todo el breve periodo de existencia de esa publicación. El título completo de la revista era el siguiente: *Revista Jurídica (Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona)*. La revista tenía una periodicidad trimestral, y se publicaron nueve números de la misma, aunque los números 3 y 4 aparecieron reunidos en un solo volumen. El primer número de la citada revista corresponde al primer trimestre de 1932, mientras que el último número publicado (el 9) es el correspondiente al primer trimestre de 1934. La revista se publicaba en catalán, aunque también incluyó diversos artículos y colaboraciones en castellano.

Alemania por los nazis contra los profesores de origen judío, en la que también se aludía a Goldschmidt. Fue uno de los primeros escritos aparecidas en revistas jurídicas españolas, si no el primero, en el que un jurista español se hacía eco de la gravísima situación política creada en Alemania con la llegada al poder del nazismo. En esa nota Xirau decía:

“A conseqüència de l'especial situació política per que travessa Alemanya i de les mides anti-semites que s'en deriven, han tingut d' abandonar llurs càtedres els il.lustres professors de Dret Kelsen, Heller, Goldschmidt, Wolf i Rosenberg entre d' altres”.

V. EL CURSILLO SOBRE TEORÍA GENERAL DEL PROCESO IMPARTIDO EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID. PUBLICACIÓN EN LENGUA ESPAÑOLA DEL LIBRO DEDICADO A ESTE TEMA

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo repitió en numerosas ocasiones que él no había formado parte nunca de las filas de los beceñistas, o sea, de los discípulos y seguidores de Francisco Beceña. No obstante, a la hora de ayudar al colega alemán perseguido, Alcalá-Zamora y Beceña dejaron de lado estas divergencias y cooperaron estrechamente.

Tras sufrir las primeras represalias, Goldschmidt pidió ayuda a Alcalá-Zamora. Probablemente, la elección de Goldschmidt obedeció a motivos prácticos. El jurista alemán debió pensar que Alcalá-Zamora, por su condición de hijo del Presidente de la República Española, se encontraba en buenas condiciones para auxiliarlo.

Así describe Alcalá-Zamora la petición de socorro de Goldschmidt:

“Goldschmidt, una de las víctimas del desvarío ideológico entronizado en su patria, acudió a mí –que comenzaba las Adiciones para la traducción de su Tratado²⁶– a fin de que gestionase su ida a España invitado por nuestras Facultades de Derecho. Porque sólo así, es decir, como embajador o

²⁶ Al tiempo de producirse la toma de poder por los nazis, Alcalá-Zamora estaba colaborando con el “beceñista” Prieto-Castro en la traducción al castellano del tratado de Derecho Procesal Civil de Goldschmidt.

propagandista de la cultura alemana, se le permitía salir de su país, donde no se le consentía escribir y donde, salvo alguna rarísima y disimulada excepción, los redactores de estudios procesales decidieron, por prohibición o por temor, olvidarse hasta de su nombre. Y, sin embargo, durante varios años, Goldschmidt tuvo que someterse a tan inicuo régimen y regresar después de cumplida su misión a su patria, porque sólo de ese modo podía eludir la combinación demoníaca de trabas y amenazas que sobre él y los suyos, como sobre tantos otros miles y aun millones de seres, se ejercía. Hasta que un día Goldschmidt, que como en una ocasión dijo, era un enterrado en vida dentro de su país, pudo, al fin, escapar²⁷.

Alcalá-Zamora intercedió por Goldschmidt ante Francisco Beceña, que compatibilizaba su doble condición de catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Central y Vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales, y estaba llevando a cabo la creación de una brillante escuela que renovarían profundamente los estudios procesales en España.

Y fue así como, a finales de 1933, es decir, poco después de que los nazis prohibieran a Goldschmidt seguir impartiendo docencia, Francisco Beceña lo invitó a pronunciar un cursillo en la Universidad de Madrid sobre teoría general del proceso.

Las conferencias fueron dictadas en francés, aunque, como he dicho, las siguientes alocuciones pronunciadas por Goldschmidt en las Universidades españolas serían dadas en castellano.

En el Archivo Histórico de la Universidad de Barcelona he encontrado un breve pero interesante *curriculum vitae* de Goldschmidt redactado por él mismo, en el que indica que las conferencias en cuestión fueron impartidas en el curso 1933-1934, pero no especifica las fechas exactas.

También Alcalá-Zamora se limita a apuntar que Goldschmidt dictó un cursillo sobre distintos aspectos del proceso civil en el curso 1933-34, sin concretar más las fechas²⁸.

²⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, "James Goldschmidt", cit., p. 692.

²⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, "James Goldschmidt", p. 692.

No obstante, la prensa de aquella época nos permite precisar más cuándo fueron pronunciadas aquellas conferencias. En la edición del periódico *El Sol* de 24 de enero de 1934 se decía:

“El profesor Goldschmidt, de la Universidad de Berlín, dará en la Facultad de Derecho dos cursos de seminarios sobre: 1º teoría general del proceso; 2º metodología jurídico-penal. El primero de estos cursos tendrá lugar los viernes, a partir del primer viernes de febrero (día 2), de cinco a seis de la tarde. El segundo tendrá lugar los lunes, a partir del primer lunes de febrero (día 5), de cuatro a cinco de la tarde. Los que deseen asistir a estos cursos deberán inscribirse en el Decanato de esta Facultad antes de los días señalados para su comienzo, La inscripción es gratuita”.

En parecidos términos informaba el periódico *La Libertad* en su edición de 25 de enero de 1934, aunque añadía el siguiente aviso: “El conferenciante empleará el idioma francés”.

Goldschmidt remitió a la editorial Labor el texto de este cursillo con la finalidad de publicarlo en forma de libro. En el *currículum* que el jurista alemán entregó en la Universidad de Barcelona, que no lleva fecha pero que por las razones que indicaré posteriormente fue presentado por Goldschmidt en 1934, éste anuncia la inminente aparición de esa obra. No obstante, la publicación del libro se retrasaría hasta 1936²⁹.

La obra se abre con la siguiente nota de agradecimiento de Goldschmidt hacia Prieto-Castro:

“Me complace en expresar mi reconocimiento muy profundo al profesor Leonardo Prieto Castro, de la Universidad de Zaragoza, por la amable ayuda que me ha prestado al objeto de que el presente manual aparezca en un digno castellano, literario y científico”.

En la introducción de la obra Goldschmidt expone la finalidad fundamental del libro:

²⁹ GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936.

“Me propongo en el presente trabajo exponer las teorías que se han ideado con respecto al Derecho procesal desde el tiempo en que se empezó a sentir la preocupación de construcciones jurídicas procesales. De su estudio resultará que las teorías corrientes se han formado mecánicamente, según el modelo del Derecho privado, y por ello estimo que es preciso buscar las categorías que son adecuadas al Derecho procesal”³⁰.

El trabajo de Goldschmidt fue, nada menos, el primer libro publicado en España y redactado en lengua española sobre la teoría general del proceso, y además tomando como base el Derecho positivo español.

Alcalá-Zamora, siempre atento a las publicaciones de Goldschmidt, destacaba los principales méritos del libro de Goldschmidt:

“El estudio de la Ley de Enjuiciamiento civil [*la Ley de 1881*] no es tarea fácil, ni siquiera para los españoles: muy atrasada, desprovista de criterio sistematizador y encuadrada por una literatura insuficiente y por una jurisprudencia descarriada, oponía además a Goldschmidt el obstáculo de la lengua y el de su alejamiento frente a la Z. P. O. alemana. Sin embargo, todas estas dificultades han sido vencidas por Goldschmidt con perfecto dominio [...]”³¹. Por otra parte, el autor ha enriquecido la pobre terminología procesal española con neologismos cuidadosamente escogidos en su mayoría [...]. Lástima que la guerra civil haya entorpecido la difusión de un libro que representa una de las más bellas contribuciones al estudio científico del proceso español”³².

³⁰ GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, cit., p. 13.

³¹ El profundo conocimiento que Goldschmidt adquirió respecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 le permitió formular una metáfora que se ha repetido bastante en nuestra doctrina procesal: “el proceso español es una recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados, mientras que el proceso alemán es un vestido liberal del siglo XIX, al que se han cosido muchos remiendos redivivos de los tiempos pasados” (vid. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. X).

³² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, cit., p. 700.

VI. EL CURSILLO SOBRE APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO PENAL IMPARTIDO EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL. PUBLICACIÓN DEL TRABAJO SOBRE METODOLOGÍA JURÍDICO-PENAL

Alcalá-Zamora, que en reiteradas ocasiones se proclamó discípulo de Luis Jiménez de Asúa³³, pidió también a éste que prestara ayuda a Goldschmidt. Y Jiménez de Asúa, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid, invitó al jurista alemán a impartir en esta Universidad un cursillo sobre aplicación práctica del Derecho Penal, que se desarrolló durante los meses de febrero, marzo y abril de 1934. Mediante la información que proporciona la prensa de la época, y que ya he mencionado, sabemos que el curso fue dictado por Goldschmidt de forma prácticamente simultánea al que impartió sobre teoría general del proceso.

El contenido del cursillo de Derecho Penal fue publicado por Goldschmidt en la editorial Reus en 1935 con el título de *Metodología jurídico-penal*. El folleto está dedicado “a mis compañeros de la Facultad de Derecho de Madrid”, pero, en el preámbulo de la obra, Goldschmidt incluyó también una dedicatoria personal a Jiménez de Asúa: “Deseo reciba mi amigo y compañero Luis Jiménez de Asúa con indulgencia estos cursillos, a los que ha prestado continuamente el honor de su asistencia”. Asimismo, Goldschmidt insertó el siguiente agradecimiento: “Agradezco a mis jóvenes compañeros, Luis Rupilanchas³⁴ y Víctor Conde, su valiosa ayuda para la redacción de este cursillo”.

El trabajo citado también fue publicado con el mismo título en el tomo 166 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*³⁵. En el mismo número se daba la bienvenida a James Goldschmidt como nuevo colaborador de la revista. Con términos voluntariamente edulcorados, a fin de que el jurista alemán no sufriera nuevas represalias por parte de los nazis, se decía en la presentación de Goldschmidt:

³³ De hecho, Alcalá-Zamora se doctoró con una tesis de Derecho Penal: vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El desistimiento espontáneo y el arrepentimiento activo*, Madrid, 1928.

³⁴ Al igual que Francisco Beceña, Luis Rupilanchas también fue asesinado durante la guerra civil española.

³⁵ GOLDSCHMIDT, “Metodología jurídico-penal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 166, 1935, pp. 8-75.

“eventualidades políticas han hecho que el sabio jurisconsulto resida largas temporadas en nuestra Patria, y la Revista ha aprovechado tal oportunidad para sumar tan famoso sabio a los muchos que encarnan su honrosa historia”³⁶.

VII. CURSILLO ACERCA DEL PROCESO PENAL DADO EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID

Después de los cursillos sobre teoría general del proceso y aplicación práctica del Derecho Penal impartidos en la Universidad de Madrid, Goldschmidt se vio obligado a regresar a Alemania.

En una fecha que no he podido determinar con exactitud, pero que se puede situar dentro de los últimos meses de 1934, Goldschmidt consiguió volver a España.

Beceña lo invitó a impartir otro cursillo, que en esta ocasión versaría sobre el proceso penal. El curso se desarrolló desde el mes de diciembre de 1934 hasta el mes de marzo de 1935.

Conocemos ese dato porque se hizo constar expresamente en el librito en el que Goldschmidt publicó el contenido del curso, que vio la luz en 1935 con el título de *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (ed. Bosch, Barcelona, 1935). Goldschmidt insertó la siguiente dedicatoria: “A mi querido amigo y compañero, Francisco Beceña”.

La prensa de la época también dio noticia sobre el cursillo de Goldschmidt. Así, el periódico *La Libertad* de 5 de febrero de 1935, decía:

“Los miércoles y viernes, de cuatro a cinco de la tarde, continuará dando sus conferencias, en el aula pequeña del pabellón Valdecilla, el profesor de Derecho procesal y penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín Herr James Goldschmidt, sobre el tema ‘Problemas del proceso penal’. La entrada será gratuita”.

³⁶ Presentación de James Goldschmidt en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 166, 1935, pp. 5-6.

Para la valoración certera del carácter pionero de la obra en la que Goldschmidt insertó el contenido de ese cursillo, me vuelvo a servir de las palabras de Alcalá-Zamora:

“Los *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* encierran en poco más de un centenar de páginas el primer estudio científico, auténticamente procesal, de nuestro enjuiciamiento criminal. Aunque parezca extraño, hasta que ellos se editan, la bibliografía española del proceso penal contaba únicamente con obra de tipo exegético o procedimental, con comentarios harto farragosos y con artículos de revista, de índole informativa, los unos, y con preocupaciones de mera práctica forense, los más. Por el contrario, Goldschmidt, en su folleto, expone de manera metódica los principios en que descansa y los rasgos que caracterizan el sistema procesal penal de nuestra patria, a través de las leyes fundamentales que lo constituyen: la de Enjuiciamiento criminal y la del Jurado (suspendida ésta por el Decreto nacionalista de 8-IX-1936”³⁷.

Añadiré por mi cuenta que cada vez que inicio mis clases sobre el enjuiciamiento penal en la Facultad consulto esta obrita de Goldschmidt, y siempre aprendo con su lectura.

Desde luego, Goldschmidt llegó a conocer profundamente la aún vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882. En relación con esta Ley, el jurista alemán formuló un encendido elogio en un artículo publicado en Francia (concretamente en el *Bulletin trimestriel de la Société de Législation Comparée*, 1939, fasc. 2º), afirmando que era el “código de procedimiento penal más avanzado del continente”³⁸. La doctrina procesal española ha repetido una y otra vez esta valoración, e incluso en algunas ocasiones, con notorio exceso, ha atribuido a Goldschmidt la afirmación de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 era el código procesal penal más avanzado del orbe, y no sólo del continente europeo.

³⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, cit., p. 692.

³⁸ El juicio sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal se puede leer en lengua castellana en GOLDSCHMIDT, “La revolución judicial en España”, trad. Juan Delgado Cánovas, en *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, cit., tomo I, p. 599.

VIII. EL NOMBRAMIENTO DE PROFESOR ENCARGADO DE CURSO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA. LAS LECCIONES IMPARTIDAS EN ESTA UNIVERSIDAD

Alcalá-Zamora dice que Goldschmidt impartió en la Universidad de Barcelona seis lecciones sobre el proceso civil en 1935, “y a principios de marzo de 1936 dedicó en Barcelona cuatro lecciones al tema del *Concepto del Derecho*”³⁹.

En realidad, la relación de Goldschmidt con la Universidad de Barcelona fue bastante más intensa y prolongada.

En este sentido Wolfgang Sellert, en su biografía sobre el jurista alemán, dice que el periódico de las familias judías de Hamburgo del 20 de diciembre de 1934 informaba de que Goldschmidt estaba “ejerciendo la docencia en la Universidad de Barcelona”⁴⁰.

Recordemos que el 1 de junio de 1933 se había promulgado el Decreto que aprobó el régimen de autonomía de la Universidad de Barcelona, que de esta forma se convirtió en la Universidad Autónoma de Barcelona. El Decreto citado dispuso que esta Universidad estaría regida por un Patronato presidido por el Rector e integrado por cinco vocales nombrados por el Gobierno de la República y por otros cinco vocales designados por la Generalidad de Cataluña. El 1 de julio de 1933 el catedrático de Derecho Procesal José Ramón Xirau Palau fue nombrado vocal del Patronato de la Universidad Autónoma de Barcelona en representación de la Generalidad de Cataluña.

Pues bien, a finales del curso 1933-1934, Xirau promovió ante la Facultad de Derecho⁴¹ el nombramiento de Goldschmidt como profesor encargado de curso. Según consta en la documentación referida a la designación de profesores de esa época que se conserva en el Archivo Histórico de la Universidad de Barcelona, la Junta de la Facultad de Derecho acordó por unanimidad elevar al Patronato de

³⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, p. 692.

⁴⁰ SELLERT, “James Paul Goldschmidt (1874-1940): un eminente procesalista (civil y penal)”, p. 196.

⁴¹ Al amparo del régimen de autonomía mencionado en el texto, la Facultad barcelonesa había tomado el nombre de Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Sociales.

la Universidad esa propuesta de nombramiento. El 19 de septiembre de 1934 el Patronato de la Universidad nombró a Goldschmidt profesor encargado de curso de Derecho Procesal para el año académico 1934-1935. Tal y como se indica en la documentación citada, para adoptar esa decisión, el Patronato tomó en consideración los títulos, publicaciones y servicios alegados por Goldschmidt en el escrito curricular al que ya he hecho referencia, que también se guarda en el Archivo Histórico de la Universidad de Barcelona.

El 27 de octubre de 1934 el Rector accidental de la Universidad de Barcelona comunicó al Decano de la Facultad de Derecho el nombramiento de Goldschmidt.

Esta alusión al Rector accidental exige tener en cuenta los acontecimientos que se estaban produciendo en Cataluña en aquellos días. En octubre de 1934, tras ser proclamado el Estado Catalán por el Presidente de la Generalitat Lluís Companys, el Rector de la Universidad Pere Bosch Gimpera y otros miembros del Patronato de la Universidad Autónoma de Barcelona, entre los que se encontraba José Ramón Xirau⁴², fueron detenidos por orden de un juez militar⁴³. Para sustituir temporalmente a Bosch Gimpera, fue nombrado Rector accidental José Mur Ainsa. Él fue el que comunicó a la Facultad de Derecho el nombramiento de Goldschmidt.

Inmediatamente después de la concesión de autonomía, la Universidad Autónoma de Barcelona aprobó planes de estudios propios. En cuanto a la Facultad de Derecho, se preveía que la Licenciatura comprendería dos periodos: un primer periodo generalista y un segundo periodo de especialización⁴⁴.

Según el Anuario de la Universidad de Barcelona publicado en 1934, y correspondiente al curso 1934-1935⁴⁵, el primer periodo incluía una asignatura de

⁴² Xirau sería puesto en libertad el 10 de diciembre de 1934.

⁴³ Los detenidos fueron trasladados al vapor "Ciudad de Cádiz", que estaba amarrado en el puerto de Barcelona, siendo reclusos después en el "Uruguay", otro barco también anclado en el puerto de Barcelona.

⁴⁴ Se preveían cuatro especializaciones: Derecho Privado, Derecho Público, Derecho Penal y Ciencias Económicas.

⁴⁵ *Universitat de Barcelona. Anuari 1934-1935*, Barcelona, 1934.

“Instituciones de Derecho Procesal”, que quedaba a cargo del profesor Josep Maria Giralt⁴⁶.

En el segundo periodo correspondiente a la especialización de Derecho Privado, la enseñanza del Derecho Procesal estaba integrada por dos asignaturas: una de “Dogmática y técnica del Derecho procesal civil español”⁴⁷, que impartiría Xirau, y otra de “Teoría general del proceso”, cuya docencia se asignaba precisamente a Goldschmidt⁴⁸. En el mismo Anuario se anunciaba el contenido general de esta asignatura en los siguientes términos:

“Las modernas teorías del proceso y de sus instituciones fundamentales desde Bülow hasta el momento actual [...]. 40 lecciones. Martes y viernes, de 16 a 17 primer trimestre; martes de 16 a 17 segundo y tercer trimestres”⁴⁹.

Además, se encargaba a Goldschmidt la impartición de un seminario, que se describía así: “Estudio comparativo del Derecho Procesal Civil español y alemán [...] 20 sesiones, viernes de 16 a 17, segundo y tercer trimestres”⁵⁰.

Por cierto, en el mismo Anuario se indica el domicilio barcelonés de Goldschmidt (calle Muntaner, 223) y su número de teléfono (81919)⁵¹.

Como he indicado, la asignatura de “Teoría general del proceso”, asignada a Goldschmidt, correspondía al segundo periodo de la Licenciatura, es decir, no se impartiría de forma inmediata, sino cuando los alumnos que habían iniciado el nuevo plan de estudios accedieran al segundo periodo de la Licenciatura.

⁴⁶ *Universitat de Barcelona. Anuari 1934-1935*, cit., p. 244.

⁴⁷ La docencia de esta asignatura se anunciaba así: “El sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acción. La jurisdicción. El proceso. Medios de impugnación de las resoluciones del juez. El procedimiento y los problemas de la práctica [...] 60 lecciones. Lunes y miércoles, de 12 a 13. A partir del 15 de febrero, las sesiones del miércoles serán prácticas y durarán hasta las 13.30” (*Universitat de Barcelona. Anuari 1934-1935*, cit., p. 247).

⁴⁸ *Universitat de Barcelona. Anuari 1934-1935*, cit., p. 247.

⁴⁹ *Universitat de Barcelona. Anuari 1934-1935*, cit., p. 247.

⁵⁰ *Universitat de Barcelona. Anuari 1934-1935*, cit., p. 247.

⁵¹ *Universitat de Barcelona. Anuari 1934-1935*, cit., p. 223.

Ahora bien, para facilitar la transición del plan antiguo al plan nuevo de estudios, la Facultad de Derecho acordó impartir varios cursillos y conferencias voluntarios, aunque se admitía la posibilidad de que se matricularan en ellos tanto alumnos como licenciados de Derecho.

La Vanguardia del 24 de febrero de 1935 informaba detalladamente sobre esos cursos, indicando que se desarrollarían desde el 1 de marzo al 31 de mayo. En relación con el punto que ahora nos interesa, se anunciaba un curso de “Teoría general del Proceso”, que se describía así:

“La teoría de la relación jurídica procesal. La teoría de la exigencia de protección jurídica. El proceso como situación jurídica. Nuevas categorías procesales. Doctor James Goldschmidt. Seis lecciones. Días 18, 20, 22, 25, 27 y 29 de marzo, a las siete de la tarde. Matrícula 10 pesetas”.

IX. LAS CONFERENCIAS DICTADAS EN LAS UNIVERSIDADES DE ZARAGOZA Y SEVILLA

Alcalá-Zamora y Castillo dice que en 1934 Goldschmidt impartió una conferencia sobre el proceso civil en la Universidad de Zaragoza y dos conferencias más en 1935 en la Universidad de Sevilla, una sobre el proceso civil y otra acerca del proceso penal⁵², aunque tampoco indica las fechas exactas⁵³.

Sólo he podido determinar con certeza las fechas en las que fueron pronunciadas las dos conferencias de Sevilla. Goldschmidt las dictó los días 13 y 14 de marzo de 1935.

⁵² El titular de la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza era Leonardo Prieto-Castro, que por entonces estaba enfrascado en la traducción del Tratado de Derecho Procesal Civil de Goldschmidt. Esa traducción vería la luz en 1936.

El catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla era Rafael de Pina Milán, quien, a pesar de su formación procedimentalista inicial, consiguió asimilar aceptablemente la nueva orientación sistemática que se estaba difundiendo en España por obra de Beceña, Xirau y otros procesalistas más jóvenes (sobre este catedrático, vid. MARTÍNEZ CHÁVEZ, “Pina Milán, Rafael de”, *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)*).

⁵³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, p. 692.

La información que ofrece la edición andaluza del *ABC* correspondiente al 14 de marzo de 1935 es espléndida:

“Invitado por la Facultad de Derecho, ha pronunciado ayer tarde, en la sala de conferencias de la Universidad, una interesantísima disertación sobre el tema de *La dogmática del proceso civil* el sabio catedrático de la Universidad de Berlín doctor James Goldschmidt. A la conferencia concurrieron numerosos magistrados, abogados, profesores y alumnos de la Facultad de Derecho, que llenaban totalmente el amplio local.

Presentó al conferenciante el rector de la Universidad, Sr. Candil, el cual hizo resaltar las dotes y sabiduría del catedrático alemán Sr. Goldschmidt.

Tras la breve presentación del rector, que fue muy aplaudido, el conferenciante alude a los comienzos de las nuevas teorías procesales en las obras de Oscar Bülow (*sic*) y Wach sobre la teoría del proceso, para exponer la doctrina que él desarrolló en un libro aparecido en 1904 sobre la ciencia procesal, hasta su última obra, en 1925, en que expuso su concepto sobre el proceso como situación jurídica.

El derecho subjetivo tiende a ser eficaz frente a los imperativos jurídicos y la característica de las normas jurídicas sobre las éticas consiste en que son atributivas y constitutivas de derechos. Pero es que en Derecho procesal los deberes son para consigo mismo, y no cumpliéndose los especiales preceptos del mismo, como sucede, por ejemplo, en la carga de la prueba, que se puede abandonar con sólo dejar transcurrir el plazo para proponerla, resulta que se disminuyen las expectativas de una sentencia acorde con el contenido del derecho material que se invoca.

Los casos jurídicos que crea la sentencia surgen tanto en el caso de la sentencia justa como de la injusta, porque los actos judiciales y los llamados derechos procesales se encuentran, tanto en la voluntad de las partes como en la conciencia del juez, sometidos a situaciones de dispensa de cargas.

El orador, en el curso de su interesantísima conferencia, aludió constantemente al Derecho español, con notable precisión y acierto.

El distinguido auditorio aplaudió calurosamente la doctísima disertación, siendo al final muy felicitado el conferenciante por sus compañeros de esta Universidad [...]. Hoy jueves, día 14, a las seis y cuarto de la tarde, tendrá lugar la segunda conferencia, sobre el tema La política del proceso penal, por el profesor de la Universidad de Berlín doctor James Goldschmidt en el Aula Máxima de la Universidad [...]. Como la anterior se dará en castellano”.

En la edición del *ABC* del día siguiente, 15 de marzo de 1935, se incluía otra magnífica crónica, aunque algo más breve que la del día anterior:

“El Dr. Goldschmidt explanó ayer su segunda conferencia, en el aula máxima de la Universidad, el ilustre profesor de la Universidad de Berlín, doctor Goldschmidt, a quien acompañaban en el estrado, entre otros catedráticos de nuestro primer centro docente, el rector, señor Candil, y el decano de la Facultad de Derecho, Sr. Piera⁵⁴.

El Sr. Goldschmidt, asistido por un numeroso auditoria de letrados y escolares, luego de un breve resumen de su primera disertación, entró en el tema propuesto, afirmando que son principios de política los que dominan en toda la organización procesal, de tal suerte que las disposiciones de cada pueblo sobre tal materia vienen a ser un termómetro de la Constitución respectiva.

Seguidamente, con aplicación de sus personales teorías a cada caso, ocupóse del contraste entre el procedimiento acusatorio y el inquisitivo; entre el tribunal popular y el de derecho, y entre la prueba libre y la tasada, haciendo referencia a las legislaciones de diversos países en orden a tales materias, más detenida en la concerniente a la Ley de Enjuiciamiento española.

Terminada su brillantísima exposición, el sabio conferenciante expuso su agradecimiento a la Facultad de Derecho de Sevilla por haberle invitado a explanar las conferencias referidas; al rector, por su asistencia, y a los estudiantes, por la atención con que le habían escuchado.

⁵⁴ El Decano de la Facultad de Derecho sevillana era Carlos García Oviedo, Catedrático de Derecho Administrativo. No sé decir a qué Sr. Piera se refería el anónimo autor de la crónica.

A las dos virtudes –terminó– que a desde mi llegada a España vengo admirando por todas partes, y que son la magnanimidad y el idealismo, tengo que añadir ahora la hospitalidad sevillana.

El Dr. Goldschmidt escuchó una calurosa ovación”.

X. CONTINUACIÓN DE LAS RELACIONES ACADÉMICAS DE GOLDSCHMIDT CON ALGUNOS PROCESALISTAS ESPAÑOLES EN ALEMANIA

Después de los cursillos y conferencias mencionados, Goldschmidt se vio obligado a regresar a Alemania. Durante esta nueva etapa de su vida, proseguiría las relaciones académicas con jóvenes procesalistas españoles que había iniciado en España.

En 1935 la Junta para Ampliación de Estudios otorgó a Leonardo Prieto-Castro una beca para que pudiera ampliar estudios de Derecho Procesal en Italia y Alemania durante cuatro meses. Al inicio del mes de agosto de 1935 se trasladó a Alemania, estudiando sucesivamente en las Universidades de Bonn, Gotinga, Munich y Berlín. Pues bien, durante el tiempo que permaneció en Berlín (desde el 10 de septiembre hasta el 7 de octubre de 1935) convivió con el profesor James Goldschmidt, residiendo en casa de éste. Así lo manifestaba Prieto-Castro en una carta que remitió desde Alemania al profesor Prieto Bances, y que se conserva en el Archivo de la Junta para Ampliación de Estudios⁵⁵.

Probablemente, la estancia de Prieto-Castro en casa de Goldschmidt obedecía a un doble propósito. Por una parte, Prieto-Castro, que estaba inmerso en la traducción del Tratado de Derecho Procesal Civil del profesor alemán, podía consultar con éste las dudas que se le hubieran planteado en el curso de la traducción. A su vez, por pequeña que fuera la cantidad abonada por Prieto-Castro en concepto de pensión, ayudaría a Goldschmidt a hacer frente a las dificultades económicas que estaba padeciendo.

⁵⁵ Archivo de la Junta para Ampliación de Estudios, expediente personal de Leonardo Prieto Castro (JAE/118-567).

Poco después, en enero de 1936, sería otro procesalista español discípulo de Beceña, Javier Malagón Barceló, el que entró en contacto con Goldschmidt en Alemania. Malagón había obtenido una beca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid para hacer una breve estancia de estudios en la Universidad de Tubinga.

Pero Malagón quería prolongar su estancia en Alemania, por lo que remitió desde Tubinga una instancia a la Junta para Ampliación de Estudios, solicitando una beca para dos semestres. A fin de reforzar la petición, pidió a Goldschmidt que le hiciera una carta de recomendación, y éste aceptó. La carta lleva fecha del 9 de enero de 1936 y aparece remitida desde el domicilio berlinés de Goldschmidt. Dice así:

“Señor D. Javier Malagón Barceló, profesor Encargado de la Auxiliaría de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid, estuvo trabajando conmigo durante el curso 1934 a 1935. Me ha ayudado valiosamente para la redacción de mis cursillos procesales. Nuestra colaboración producía la ocasión de numerosas discusiones científicas. En éstas mi joven amigo Malagón ha manifestado no sólo buenos conocimientos y facultades y gran inteligencia, sino –lo que estimo lo más– una intuición de los problemas que se plantean en la ciencia del Derecho Procesal. Tendría una verdadera satisfacción si se concediera al Señor Malagón una bolsa de viaje para que pueda terminar su preparación procesalista”.

Al pie de la firma de Goldschmidt figura la siguiente indicación: “Catedrático emérito de Derecho procesal de la Universidad de Berlín”⁵⁶.

Cabe añadir que la recomendación tuvo éxito, porque la Junta concedió a Malagón la beca solicitada⁵⁷.

⁵⁶ Archivo de la Junta para Ampliación de Estudios, expediente personal de Javier Malagón Barceló (90-58).

⁵⁷ Favor con favor se paga: Malagón hizo una elogiosa reseña de la traducción española del Tratado de Derecho Procesal Civil de Goldschmidt en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 168, 1936, pp. 786-788.

XI. LOS ÚLTIMOS CURSILLOS IMPARTIDOS EN LAS UNIVERSIDADES DE BARCELONA Y VALENCIA

Pocas semanas después de la carta de recomendación remitida en favor de Malagón, Goldschmidt regresó a España.

Dado que el nombramiento de Goldschmidt como profesor encargado de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona lo había sido para el curso 1934-1935, no estaba claro cuál era la situación jurídico-académica de Goldschmidt dentro de esa Universidad.

El 27 de febrero de 1936, es decir, inmediatamente después de las últimas elecciones generales celebradas durante la Segunda República, Goldschmidt remitió desde el hotel Gredos de Madrid (situado en la calle de Eduardo Dato, número 8) una carta dirigida al Patronato de la Universidad de Barcelona en la que decía:

“Por Decreto del Patronato de la Universidad de Barcelona de 19 de septiembre de 1934 [...] fui nombrado a propuesta de la Facultad de Derecho Profesor encargado de curso de la disciplina de Derecho procesal [...]. Tengo el honor de solicitarle informarme si el Patronato mantiene dicho nombramiento y en caso afirmativo qué condiciones fijará”.

No sabemos si esta carta tuvo respuesta por parte del Patronato de la Universidad. Pero hay algunos datos que permiten afirmar que la Universidad de Barcelona seguía considerando a Goldschmidt profesor encargado de dicha Universidad.

La Vanguardia del 28 de febrero de 1936, es decir, la del día inmediatamente posterior al de la carta remitida por Goldschmidt al Patronato de la Universidad, decía: “Los profesores H. Auerbach y J. Goldschmidt empezarán sus cursos el próximo lunes y jueves, a las siete y media y a las seis, respectivamente”. Pero el inicio del curso de Goldschmidt debió sufrir algún retraso, porque la edición de *La Vanguardia* del 19 de marzo de 1936 indicaba lo siguiente:

“Se hace público que, a partir de hoy, hasta mañana, viernes, a las dos de la tarde, queda abierta, en la secretaría de la Facultad de Derecho, la

inscripción de matrícula gratuita a cargo del profesor encargado de curso doctor James Goldschmidt [...]. Las lecciones del curso se darán los días 20, 21, 23 y 24, a las seis de la tarde”.

Así pues, Goldschmidt venía considerado expresamente como profesor encargado de curso, al ser anunciadas esas lecciones, que versaron sobre el concepto del Derecho⁵⁸.

En la documentación que se conserva en el Archivo Histórico de la Universidad de Barcelona acerca de nombramientos y ceses de profesores durante el aciago año de 1936, hay una comunicación del 23 de octubre de 1936 remitida por el Decano-Comisario de la Facultad de Derecho en la que se informa a la Junta de Facultad de que el 30 de septiembre de 1936, es decir, el último día del curso 1935-1936, habían cesado por cumplimiento del tiempo reglamentario varios profesores encargados de curso, pero en esa relación no figura James Goldschmidt⁵⁹.

Sobre el mismo tema del concepto del Derecho, Goldschmidt impartiría tres conferencias más en la Universidad de Valencia los días 26, 27 y 28 de marzo de 1936, por invitación de Alcalá-Zamora, que era el catedrático de Derecho Procesal de esta Universidad⁶⁰.

Alcalá-Zamora dice que la Facultad de Derecho valenciana había acordado publicar las conferencias en los *Anales* de la Universidad, a cuyo fin el propio Alcalá-Zamora hizo la oportuna revisión lingüística⁶¹. Pero el comienzo de la guerra civil impidió la publicación.

⁵⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, cit., p. 692.

⁵⁹ Por cierto, esa documentación incluye una relación de profesores sancionados, cesantes y bajas definitivas, en la que aparece nombrado Werner Goldschmidt, hijo de James. Werner se había refugiado en España, huyendo de la persecución nazi. En el documento mencionado se dice: “Werner Goldschmidt (profesor de la Facultad de Filosofía y Letras y Pedagogía). Se le dio permiso por el Comisario de Enseñanza para ausentarse el 1 de agosto de 1936, en viaje de estudios al extranjero por razón de su cargo, no obrando en este Negociado más noticias sobre dicho Sr.”.

⁶⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, cit., p. 699.

⁶¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, cit., p. 699.

Se había previsto que Goldschmidt impartiera otro cursillo en la Universidad de Murcia, pero la muerte del catedrático de Derecho Procesal de esta Universidad Matías Domínguez Ballarín⁶², que se produjo el 9 de marzo de 1936, frustró ese proyecto⁶³.

Después de la impartición de estos cursos, Goldschmidt regresó a Alemania, al igual que lo había hecho en 1934 y 1935.

XII. OTROS DOS PROYECTOS FRUSTRADOS

En aquella misma época Goldschmidt había planeado con Prieto-Castro la publicación de una revista de Derecho Procesal en lengua castellana, tomando como modelo la *Rivista di diritto processuale civile* italiana, y, por otro lado, Goldschmidt y Alcalá-Zamora habían iniciado gestiones para crear una Asociación Internacional de procesalistas⁶⁴.

Pero el inicio de la guerra civil española frustró esos dos proyectos de colaboración de Goldschmidt con la doctrina procesal española.

XIII. HUIDA A CARDIFF. EXILIO EN MONTEVIDEO. FALLECIMIENTO

El inicio de la guerra civil española hizo imposible el regreso de Goldschmidt a España, que, como pone de relieve Alcalá-Zamora, “había llegado a ser su segunda patria”⁶⁵. Tampoco pudo seguir publicando en revistas españolas, aunque sí continuó haciéndolo en revistas francesas e italianas.

⁶² Matías Domínguez Ballarín tenía una formación inicial procedimentalista, pero se esforzó en familiarizarse con la dogmática procesal; vid. sobre este catedrático CACHÓN CADENAS, “Domínguez Ballarín, Matías”, *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)*: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos

⁶³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, cit., p. 692.

⁶⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “Proyecto de creación de una Asociación o Instituto Internacional de Derecho Procesal”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, cit., pp. 745-748.

⁶⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “James Goldschmidt”, cit., p. 692.

Terminaba así una relación mutuamente beneficiosa. Goldschmidt encontró en España, además de ayuda económica, la posibilidad de seguir enseñando e investigando. Pero también fue mucho lo que él dio a la Universidad y a la doctrina procesal españolas. Aparte de sus enseñanzas orales, dejó publicadas tres obras magníficas. Especialmente dos de ellas (la relativas al proceso penal y a la teoría general del proceso) fueron absolutamente innovadoras en el panorama de los estudios procesales españoles.

En este sentido dice Wolfgang Sellert:

“desde 1933 vieron la luz libros y artículos tan buenos como desconocidos en Alemania en español, italiano y francés [...]. Es por ello por lo que bien se puede decir que en el extranjero Goldschmidt obró como un embajador de aquella cultura jurídica alemana de alto nivel y de larga tradición que curiosamente fue pisoteada por el nacionalsocialismo”⁶⁶.

El 19 de diciembre de 1938 el Jefe de la Policía de Berlín concedió a Goldschmidt y a su esposa pasaportes de emigración para Inglaterra⁶⁷. Goldschmidt se estableció provisionalmente en Cardiff, ciudad en la que residía su hijo Robert⁶⁸.

Desde Cardiff, Goldschmidt escribió en 1939 al eminente procesalista uruguayo Eduardo Couture para pedirle ayuda. Couture lo acogió en la Universidad de Montevideo. Allí impartió dos lecciones y, cuando estaba preparando la tercera, falleció el 28 de junio de 1940 a causa de un ataque de corazón.

⁶⁶ SELLERT, “James Paul Goldschmidt (1874-1940): un eminente procesalista (civil y penal)”, cit., p. 211.

⁶⁷ SELLERT, “James Paul Goldschmidt (1874-1940): un eminente procesalista (civil y penal)”, cit., p. 196.

⁶⁸ Posteriormente, este hijo de Goldschmidt se exilió en Latinoamérica, enseñando primero en Uruguay y Argentina, y, desde 1953, en Venezuela, donde falleció en 1965. La Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela publicó un *Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, 1967, en el que colaboraron numerosos autores. Como he indicado, el otro hijo jurista, Werner, se había refugiado en España, donde contrajo matrimonio con una ciudadana española. Desde 1948 comenzó a enseñar Derecho Internacional Privado en la Universidad de Tucumán. Posteriormente impartió docencia en diversas Universidades argentinas, falleciendo en Buenos Aires en 1987.

A principios de los años cuarenta del siglo pasado, Couture pronunció una hermosa conferencia sobre Goldschmidt con un título espléndido: “James Goldschmidt, un judío muerto por la libertad de la cultura”. Esta conferencia permaneció inédita hasta hace pocos años, en la que se ha dado a conocer. Hoy puede leerse, por ejemplo, en el libro de estudios que ha dedicado a Couture la Universidad de Montevideo⁶⁹.

Reproduzco unos pequeños fragmentos de esa conferencia de Couture:

“En el mes de octubre de 1939 recibí una carta del Profesor Goldschmidt⁷⁰, que fue Decano de la Facultad de Derecho de Berlín, escrita desde Cardiff, en Inglaterra. Ya comenzada la guerra, en ella me decía lo siguiente: `conozco sus libros y tengo referencias de Ud. Estoy en Inglaterra y mi permiso de residencia vence el 31 de diciembre de 1939. A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco porque soy alemán; a España menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular para ir a ninguna parte del mundo’.

⁶⁹ COUTURE, “James Goldschmidt: un judío muerto por la libertad de la cultura”, en Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos (coords.), *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, Montevideo, 2017, pp. 31-40.

⁷⁰ Aunque Couture sólo menciona la carta que le remitió Goldschmidt en octubre de 1939, en enero de ese mismo año el propio Couture había escrito a Goldschmidt ofreciéndole la posibilidad de impartir un curso en la Universidad de Montevideo. Desde Cardiff, Goldschmidt contestó a Couture con otra carta fechada el 13 de enero de 1939, en la que el maestro alemán decía al ilustre procesalista uruguayo: “Le agradezco cordialmente su amable carta de fecha 2 de los corrientes que me fue enviada acá. Me he marchado de Alemania para siempre y estoy actualmente en la casa de mi hijo. Con mucho gusto me encargaría de un curso en el presente año de 1939 en la Facultad de Derecho de Montevideo. Mis aspiraciones económicas para venir a Montevideo no son más que la petición de que se me indemnicen los gastos del viaje y de la estancia para mi mujer. Tengo ya una invitación de dar conferencias en la Universidad de La Habana y tengo pensado marcharme para esta capital a los últimos de enero o a mediados de febrero [...]. Nuestro común amigo Prieto Castro está bien. Tengo regularmente noticias de él. Su dirección es Zaragoza, Plaza José Antonio 9”.

La preocupación por Prieto-Castro que Couture había manifestado a Goldschmidt obedecía, naturalmente, al hecho de que aún no había terminado la guerra civil española, y Couture desconocía la suerte que hubiera podido correr el procesalista español.

Por lo demás, Goldschmidt no llegó a impartir en La Habana el ciclo de conferencias que mencionaba en su carta.

[...] Pocas semanas después Goldschmidt llegaba a Montevideo. Yo nunca olvidaré aquel viaje hecho ya en pleno reinado devastador de los submarinos. Vino en un barco inglés, el Highland Princess, en un viaje de pesadilla donde a cada instante un submarino podía traer la muerte, con chaleco salvavidas siempre puesto, viajando a oscuras. Angustiado lo vi llegar una tarde de otoño llena de luz, serenidad y calma a Montevideo.

[...] La primera clase fue una apoteosis. El profesor de profesores, el hombre que nos había enseñado a todos nosotros ayudándonos en nuestra diaria comunicación con nuestros alumnos, tuvo, como digo, una digna recepción [...]. Pocos días después, Goldschmidt dio su segunda clase con igual éxito. Pocos días más tarde preparaba su tercera clase. Eran como las nueve de la mañana. Goldschmidt tuvo la sensación de una ligera molestia, quiso reponerse y dejó de escribir. Se acercó a su esposa, recitó unos poemas de Schiller para distraer la mente, volvió a su mesa y como fulminado por un rayo, quedó muerto sobre sus papeles”.

LA OPORTUNIDAD DE ERRADICAR EL ENCARNIZAMIENTO PROCESAL EN LA JURISDICCIÓN CIVIL¹

Sonia Calaza López
Catedrática de Derecho Procesal (UNED)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO DE LA CUESTIÓN. III. FORTALECIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL EN SUS DOS MODALIDADES. IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 1. Procesos de menores. 2. Expedientes y procesos judiciales de provisión de apoyos a personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. 3. Procesos de ausentes. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En trabajos precedentes a éste hemos constatado cómo el principio de oportunidad ha redefinido la Jurisdicción civil postmoderna². Así, han sido razones de “oportunidad legislativa” y de “utilidad práctica” las que han racionalizado, redistribuido y reconfigurado nuestra vigente Jurisdicción civil desglosada en dos grandes bloques: la Jurisdicción contenciosa y la Jurisdicción voluntaria³.

¹ Esta investigación se enmarca en dos Proyectos de investigación sucesivos de los que la autora es IP: primero, Proyecto I+D+i Excelencia titulado “Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial”, del Ministerio de Economía y competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2021; y, segundo, Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado “Ejes de la Justicia en tiempos de cambio”, del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-100, desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 30 de agosto de 2024.

² CALAZA LÓPEZ, S., “Jurisdicción contenciosa y Jurisdicción Voluntaria. Racionalización del proceso civil a la luz del principio de oportunidad”, en “Justicia: ¿Garantías *versus* eficiencia?”, dirigido por JIMENEZ CONDE, F., Ed Tirant lo blanch, Valencia, 2019.

³ La innovadora, desafiante y postmoderna Jurisdicción Voluntaria de 2015, que se erige en la Justicia civil rápida de proximidad de nuestro tiempo, ha perdurado, pese a los años de oscurantismo, en los que no fueron inusuales las pretensiones de desmantelamiento, en buena medida, es de justicia reconocerlo, gracias a la obra científica, experimental y técnica de FERNÁNDEZ DE

A pesar de la supuesta autonomía conceptual de estas dos modalidades de la Jurisdicción civil, lo cierto es que la Jurisdicción voluntaria es instrumental o, si se prefiere, “dependiente” de la contenciosa, al carecer de cosa juzgada material. En consecuencia, la Jurisdicción voluntaria no cierra definitivamente el ciclo de su conflictividad, debiendo acudir a la contenciosa para ponerle término. Tan sólo cuando se dote a los expedientes de la Jurisdicción voluntaria, de la debida fuerza de cosa juzgada material podrá, en puridad, sostenerse que esta Jurisdicción goza de autonomía conceptual, dogmática y sistemática respecto de la contenciosa. Entre tanto, asistimos a una confusa conjunción de procesos y

BUJÁN, A., principal ideólogo y esencial defensor de la nueva institución. Entre tantas otras obras suyas sobre la materia, destacamos, por su mayor innovación, impacto o transferencia del conocimiento a los especialistas implicados, las siguientes: “Jurisdicción Voluntaria”, Ed. Civitas, Madrid, 2001; “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la Jurisdicción contenciosa”, *Actualidad Civil*, nº 36, 2001; “La Jurisdicción Voluntaria. El anteproyecto de junio de 2006”, *El Notario del siglo XXI*, nº 8, Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2006; “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2006 (I)”, *RJE La Ley*, nº 6599, 27 de noviembre de 2006; “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2006 (II)”, *RJE La Ley*, nº 6600, 28 de noviembre de 2006; “Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria I”, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007; “Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria II”, Ed. IUSTEL, Madrid, 2008; “La Jurisdicción Voluntaria: En busca del tiempo perdido”, *Revista Jurídica Registradores*, Madrid, enero de 2008; “Jurisdicción Voluntaria: rectificar es de sabios”, en *El Notario del siglo XXI*, nº 31, mayo-junio 2010; “Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 79, julio-septiembre 2011; “La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores”, *Diario La Ley* nº 7866, 25 de mayo de 2012; “Operadores jurídicos competentes en Jurisdicción Voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, *Estudios en Homenaje al Prof. Juan Manuel Barquero*, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, RJUAM, 2013; “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, *Diario La Ley* nº 8273, 18 de marzo de 2014; “A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 17 de abril de 2014; “Misteriosa. Heterogénea. Fascinante Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 890/2014; “La Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria: autonomía conceptual y notas caracterizadoras”, en “La Jurisdicción Voluntaria: una apuesta por la eficacia”, Dykinson, 2015; “La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el umbral de su aprobación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 908/2015; “Reforma de la Jurisdicción Voluntaria”, Ed. Dykinson, Madrid, 2015; “La Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, es quizá la novedad más destacada de la X Legislatura en materia de Justicia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 923/2016; “Previsión de la oposición en el art. 17.3 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 5/2016; “El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en sede parlamentaria. Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa”, Ed. Aranzadi, 2015; “Régimen jurídico de la oposición en el marco de la Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley* nº 8496, 9 de marzo de 2015; “La nueva concepción de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley 15/2015”, en “Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción Voluntaria”, Ed. Aranzadi, 2016.

expedientes, pertenecientes a la Jurisdicción contenciosa y voluntaria, respectivamente, cuya línea divisoria no responde, en verdad, a ningún parámetro, sino solo, una vez más, a razones de "oportunidad política o utilidad práctica", pues ni la conflictividad del asunto, ni el interés social inherente en el objeto litigioso, ni la disponibilidad o indisponibilidad de la pretensión suscitada en el juicio constituyen, en verdad, criterios definitorios de una Jurisdicción por contraste a la otra, teniendo todos ellos cabida en ambas Jurisdicciones. Ante la existencia un significativo número de procesos especiales dentro de nuestra Jurisdicción civil contenciosa, no parecía, en verdad, razonable la adición de nuevos procesos especiales, ni mucho menos la traslación o trasvase a esta Jurisdicción contenciosa, de expedientes originariamente enmarcados en la Jurisdicción voluntaria, como ha acontecido, a modo de ejemplo, con el relativo a la sustracción internacional de menores. De la oportunidad de redefinir, redistribuir y reorganizar la Jurisdicción civil, con tantas especialidades como tienen sus múltiples procedimientos, en función de sus divergentes conflictos, surge la necesidad de crear una Jurisdicción voluntaria autónoma respecto de la contenciosa. Y se crea, en efecto, una nueva Jurisdicción voluntaria con un procedimiento particular y propio, muy similar al verbal, para la resolución de controversias de matizada conflictividad, que se mantendrán en el seno de esta misma Jurisdicción hasta el término, con independencia del sucesivo enconamiento o engrosamiento de la controversia, momento en que se resolverá, sin fuerza de cosa juzgada, mediante auto, susceptible de recurso y de ulterior conocimiento en vía ordinaria.

La selección de materias conforme a parámetros aleatorios, indefinidos o, acaso, caprichosos, unida a la abierta posibilidad de acudir, indistintamente a una Jurisdicción u otra, cuando no estuviere expresamente previsto ese conflicto en la LECiv., no se cohonestan con la oportunidad de mantener dos especialidades (contenciosa, de un lado y voluntaria, de otro), en el marco de una misma Jurisdicción civil, pues una y otra apenas difieren en su concepto, contenido, procedimiento y límites. Si a ello añadimos la necesidad de agotar dos Jurisdicciones en lugar de una, para resolver un mismo conflicto, entonces la existencia de una Jurisdicción adicional, accesoria o instrumental, respecto de la contenciosa, como lo es la voluntaria, resulta tan fatigosa, inconveniente e ineficiente que, incluso, nos impulsa a cuestionar su propia existencia. Y podríamos preguntarnos... para qué tener dos modalidades: voluntaria y contenciosa, dentro de una misma Jurisdicción, la civil, si ambas se asientan en idénticos principios, resuelven similares conflictos, se sustancian por parejos procedimientos y, para colmo,

la voluntaria no culmina el conflicto, cuando persiste la controversia, convirtiéndose en una inútil predecesora de la contenciosa, generadora de un elevado coste económico y psicológico. Ante este razonable interrogante, nos hemos cuestionado cual sería la solución óptima para una correcta redistribución de los conflictos civiles conforme a parámetros de eficacia, economía y eficiencia siempre en el marco de procesos garantistas: la primera solución podría pasar por introducir los expedientes de los órganos judiciales (Jueces y Letrados de la Administración de Justicia) en la Jurisdicción contenciosa y dejar que la voluntaria quedase integrada, en exclusiva, por los ajenos a la Jurisdicción, esto es, por los notariales y registrales, si bien habríamos de cambiar la denominación por no tratarse, en verdad, de expedientes jurisdiccionales; y la segunda, por el mantenimiento de estas dos grandes categorías, la voluntaria y contenciosa, dentro de la Jurisdicción civil, si bien dotando, en tal caso, a cada una de ellas, de entidad propia, autonomía real y una precisa dogmática. Apostamos por esta segunda opción. Y nuestro reto actual se residencia, precisamente en acometer la tarea de esta reordenación de la Justicia civil contenciosa y voluntaria, con la expectativa de suprimir la multiplicidad de procesos especiales y reconducir los conflictos civiles a una de estas dos modalidades: Jurisdicción contenciosa para la resolución de las controversias dispositivas y Jurisdicción voluntaria para la homologación de situaciones pacíficas precisadas de intervención judicial, de un lado, y para el enjuiciamiento de las controversias indisponibles, de otro. A la construcción de dos grandes bloques procedimentales que nucleen la totalidad de conflictos, en el marco de la Jurisdicción civil, con la consiguiente evacuación de todo este calvario procedimental, de tantísimo proceso especial, y de una voluntaria, pero incierta selección de una u otra modalidad –voluntaria o contenciosa–, que no rentabiliza, sino todo lo contrario, nuestros recursos públicos, además de generar un encarnizamiento procesal sin precedentes, destinaremos este estudio.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En la historia reciente de nuestra disciplina científica se han venido reforzando las garantías constitucionales en el marco de los procesos judiciales con la explícita finalidad de actualizarlos, democratizarlos y modernizarlos. Estos procesos se encuentran, sin embargo, asentados en principios clásicos y se sustancian conforme a categorías pertenecientes a tiempos inmemoriales, como la propia acción, jurisdicción, proceso y cosa juzgada. Los Legisladores de nuestra

época han hecho verdaderos esfuerzos por modernizar los procesos judiciales sin renunciar a su estructura clásica, esto es, por cohonestar los principios estructurales del asentado sistema procesal español con una apuesta por su modernidad. Los resultados han sido, en general, aceptables, pues los procedimientos actuales van siendo cada vez más ágiles, eficaces, sencillos, eficientes, económicos, modernos y humanos. Sin embargo, en algunas ocasiones, los fundamentos clásicos han eclosionado ante las apuestas de modernidad (así, a modo de ejemplo, la ruptura del principio de dualidad de partes en los procesos sobre la capacidad de las personas entablados por los propios afectados frente a sí mismos); en otras, las nuevas leyes sustantivas avanzaban a mayor velocidad que las procesales y producían un desfase generador de auténtica contradicción (los procesos matrimoniales contenciosos sin menores o personas con discapacidad a cargo de los aspirantes a la separación y/o el divorcio ya no podían catalogarse como indisponibles tras la supresión del sistema causalista); en otras, la ausencia de suficientes recursos y la necesidad de “descongestión” del sobrecargado sistema judicial –soterradas bajo la idea capital de dotar al ciudadano de nuevos recursos, acaso, más humanos– impulsó nuevas corrientes alternativas a la Jurisdicción⁴: arbitraje, mediación, traslación de expedientes judiciales a Notarios y Registradores; en otras, se atendió antes a los casos particulares que a los generales, al crear un escenario procedimental con tantos tipos de procesos especiales y sumarios, cuántos fuesen los distintas materias controvertidas, sin el menor sentido de “unidad” procedimental, en contra de tanta apariencia de antagonismo, dispersión y desigualdad. Podríamos continuar enumerando “desencuentros” entre la realidad social, la legislada, la doctrinal y la jurisprudencial, pero nos parece conveniente centrar el estudio presente en la necesidad de concretar, definitivamente, con coherencia, exhaustividad y precisión, cual sea el contenido, principios, límites y procedimientos que deban integrarse en cada una de las modalidades, contenciosa y voluntaria, de la moderna Jurisdicción civil, al objeto de minimizar o, de ser posible, erradicar todos los desfases, incoherencias, forzamientos e inconvenientes duplicidades procedimentales existentes en la actualidad, que se encuentran desatendidos y generan inercias de auténtica desprotección, olvido y desamparo, cuando no de severo encarnizamiento procesal.

⁴ Corrientes que han supuesto, en verdad, una inevitable –y en ocasiones censurable– carcoma de la Jurisdicción, tal y como, de modo original, subraya BONET NAVARRO, J., en “El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional”, Diario La Ley nº 9167, 2018.

El gran avance científico al que ha de aspirar nuestra legislación procesal civil, regulada por dos Leyes relativamente recientes, así la LEC 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de un lado y la Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria, de otro, ha de ser el de solventar los conflictos civiles, enmarcados en estas dos grandes modalidades de una misma Jurisdicción civil, conforme a un procedimiento ágil, eficaz y eficiente, acorde a sus específicos principios inspiradores, pero sin renunciar a las especialidades que sean propias de cada concreta materia sometida a debate judicial.

La existencia de una disparidad de conflictos no puede conllevar, sin embargo, que existan tantos procesos como controversias calificadas, por su objeto o sujetos, de especiales, pues ello complica, entorpece y distorsiona nuestra relación con la Administración de Justicia, además de suponer una innecesaria fatiga para juzgadores, defensores y justiciables. Ante la inexistencia de una autonomía real entre el concepto, contenido, principios y procedimientos de la Jurisdicción contenciosa y voluntaria, así como de una dogmática respecto de esta última, nos parece oportuno dedicar un estudio sereno a ambas modalidades de una misma Jurisdicción, para tratar de reordenarla, dotarla de eficacia, eficiencia, agilidad, economía y proximidad. Los ciudadanos del proceso civil no debieran ser víctimas de una doble victimización, de su propio conflicto, de un lado, y del sistema procesal, de otro. Constituye una responsabilidad de la doctrina el estudio de nuestras instituciones; y de forma enfática el de las más olvidadas, para ofrecer a los operadores jurídicos implicados en la resolución judicial de los conflictos, una integración y, en su caso, interpretación de las normas, acorde a parámetros de razonabilidad, fijeza, certeza, previsibilidad, unidad y seguridad jurídica, que permita maximizar todas sus potencialidades, en beneficio de la Administración de justicia y de los propios justiciables.

En el proceso penal se habla, en efecto, de la doble o múltiple *victimización* para referirse al mayúsculo, por exponencialmente intenso, daño proferido a los sujetos pasivos de un delito, al verse constreñidos a soportar, además del daño propio del ilícito, el de la sustanciación de un proceso penal largo, complejo, tecnificado y, acaso, gestionado con herramientas que apenas conectan con la humanidad y la sensibilidad de las víctimas, en general, y muy particularmente, con las que, a su vez, son más vulnerables. En el proceso civil, los justiciables, en general, y las personas más desfavorecidas, desvalidas o vulnerables, en particular, también sufren esta "doble victimización", como consecuencia, de un lado, del complejo

proceso en el que deban desenvolverse y, de otro, en su manifestación sustantiva, de una multiplicidad de variables, entre otras, de una infracción que ya no se puede perseguir en vía penal –así, la exhumación de cadáveres enterrados en fosas comunes–; de un daño originario o sobrevenido por la propia naturaleza de las personas –discapacidad originaria o sobrevenida que inhabilita para el propio autogobierno–; de una variación de circunstancias que modifican los hábitos de vida –los menores o mayores con discapacidad ante la separación y/o divorcio de sus progenitores–; o de la producción de un daño directo a su persona –lesión al honor de los menores o mayores con discapacidad–, etc.

De todos estos relevantes y heterogéneos conflictos se ocupa nuestra Jurisdicción Civil de una forma, en ocasiones, incoherente, y en todo caso, desordenada, pues no hay un criterio unificador por razón de la materia en ninguna de sus dos proyecciones: ni en la Jurisdicción voluntaria ni en la contenciosa. Y es que tras la aprobación de la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria, ni todos los expedientes incluidos en su ámbito objetivo son pacíficos –habida cuenta de la introducción de la oposición–, ni todos los procesos incorporados en la Ley de Enjuiciamiento civil son contenciosos –debido a la manifiesta ausencia de dualidad de partes en algunos de ellos: así los celebrados en rebeldía o los relativos a la provisión de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica–. Pero esta ausencia de coherencia y unidad por razón de algún criterio diferenciador que nos permita diferenciar claramente la Jurisdicción voluntaria de la contenciosa tan sólo nos sume en el desconcierto. Peor es el “encarnizamiento procesal” al que nos vemos sometidos los justiciables en el orden civil cuando podemos acudir, en primer lugar, a la Jurisdicción voluntaria y, disconformes con la marcha del procedimiento o afectados por la agravación del conflicto, que se inició con una relevancia menor, no podemos transformar nuestro expediente en un contencioso y el procedimiento voluntario se convierte en un “trágala” que hemos de soportar hasta el término, con todos sus recursos, para acudir, inmediatamente después, en todo caso, al proceso contencioso que corresponda, con el despilfarro de agotar las dos modalidades de una misma Jurisdicción, con el desconsuelo de la pulsión abierta en el tiempo más allá de lo razonable y, sobre todo, con el encarnizamiento de la doble *victimización*, que se ve especialmente agravada cuando los afectados sean, además, personas vulnerables.

En estudios coetáneos a este hemos tenido ocasión de analizar la Jurisdicción civil bajo el prisma de la oportunidad de los Poderes públicos y de los

propios ciudadanos. En este sentido, el Poder Ejecutivo podía haber ubicado los expedientes voluntarios en la Jurisdicción contenciosa, como sucedió con la derogada LEC de 1881, pero ha optado, sin embargo, por bifurcar nuestra Justicia civil en una suerte de doble Jurisdicción: la contenciosa, regulada en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil y la voluntaria, contenida en la Ley 15/2017, de Jurisdicción voluntaria. El Poder Legislativo ha optado, por su parte, ya en el marco de esta última, primero, por externalizar un buen número de expedientes a otros profesionales (Notarios y Registradores) y, segundo, por regular, ya en el seno de la JV, un procedimiento propio con introducción de la oposición y cosa juzgada *ad intra*. El Poder judicial ocupa, en los expedientes voluntarios afectantes a derechos indisponibles, un rol especialmente activo al quedar facultado, expresamente, para practicar prueba *ex officio* en los procesos integrados por objetos de naturaleza indisponible y no quedar constreñido a la estricta congruencia de las peticiones parciales, sino a la búsqueda de la realidad. Finalmente, los justiciables tenemos una doble opción: acudir o no a la Jurisdicción civil y, una vez dispuestos a hacerlo, a la contenciosa o a la voluntaria, así como, en este último caso, de ser posible, al expediente judicial o, en otro caso, al de otros profesionales como Notarios y Registradores.

Tras el estudio reposado de todas estas opciones, de los poderes públicos, y de los propios justiciables, instauradas en nuestras Leyes procesales civiles, fruto de la implementación de criterios de oportunidad política, técnica o económica, acorde a la legítima aspiración de modernizar la Justicia civil de nuestro tiempo, y habida cuenta de que no existe en ninguna de estas Leyes un criterio objetivo diferenciador, nos ha parecido conveniente acometer esta delimitación y discriminar las nítidas divergencias procedimentales que debieran marcarse, a modo de líneas rojas, entre los procesos contenciosos y los expedientes voluntarios.

Y esta apuesta por una delimitación procedimental objetiva de la Justicia civil –esto es, por razón del objeto susceptible de enjuiciamiento– surge de la necesidad de proponer soluciones que eviten o, cuando menos, minimicen el *encarnizamiento procesal* al que se ve tristemente sometida la sociedad en general y los más desfavorecidos en particular.

En este momento, Jurisdicción contenciosa y Jurisdicción voluntaria tan sólo se diferencian por el procedimiento general contenido en cada una de sus Leyes, pero no desde luego, por su ámbito objetivo, principios, estructura, fines o

efectos, aún es más, el fin último de la Jurisdicción voluntaria, como afluente, desemboca en el río de la contenciosa.

III. FORTALECIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL EN SUS DOS MODALIDADES

En estudios precedentes a éste, hemos tenido ocasión de constatar cómo la Jurisdicción contenciosa ha eclipsado a la voluntaria⁵, desde tiempo inmemorial, con tal agresividad que, en cierto modo, la ha fulminado. Y ello ha generado un inconsciente rechazo hacia esta modalidad jurisdiccional. Encontramos, asombrados, sentencias relativamente recientes⁶, dónde todavía se apela, inexplicablemente, a “una mayor garantía de acierto” de la Jurisdicción contenciosa, frente a la voluntaria. Y haciendo nuestro este lenguaje, la gran garantía de acierto sería, en verdad, la construcción dogmática de una sólida Jurisdicción civil, en la que tuviesen cabida las dos modalidades vigentes⁷: contenciosa y voluntaria, sin que ninguna de las dos resulte infravalorada, subestimada o rechazada respecto de la otra. Y es que no tiene sentido mantener dos modalidades de un mismo orden jurisdiccional si una de ellas resulta inservible por poco garantista, por escasa garantía de acierto o por simple desconfianza de los justiciables. De mantenerse este inconsciente rechazo y esta inercial desvalorización de la Jurisdicción voluntaria, entonces mejor habría sido haberla hecho desaparecer y haber mantenido, en el seno de la jurisdicción contenciosa –como acontece, por lo demás, en el resto de órdenes jurisdiccionales, que no conocen de modalidades– la totalidad de conflictos civiles. Pero dispuestos a mantenerla, debemos otorgarle carta de naturaleza y autonomía propia, pues, en otro caso, se impondrá la tiranía de su debilidad al obligarnos a mantenernos –a pesar de la oposición radical

⁵ Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “Jurisdicción contenciosa y Jurisdicción Voluntaria. Racionalización del proceso civil a la luz del principio de oportunidad”, en “Justicia: ¿Garantías *versus* eficiencia?”, dirigido por JIMENEZ CONDE, F., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2019.

⁶ Vid., la SAP de Asturias, de 10 de abril de 2012, dónde se secunda esta idea, al tiempo que se invocan sentencias en similar sentido de hace casi un siglo, así las SSTs de 31 de enero de 1911 y de 28 de enero de 1914.

⁷ El AAP de Alicante, de 20 de octubre de 2015, ha señalado, con notable precisión, que “la jurisdicción voluntaria no es un orden jurisdiccional sino una denominación procesal enfrentada a la de jurisdicción contenciosa... pero en modo alguno es un orden jurisdiccional especial o distinto de alguno de los anteriores”.

y el conflicto manifiesto— en esta modalidad y agotar dos procedimientos, en lugar de uno solo, para alcanzar el mismo objetivo: la resolución de un único conflicto, con la ineficiencia que ello conlleva.

IV. ÁMBITO OBJETIVO

La Jurisdicción civil, por lo demás, es muy variada pues en su ámbito objetivo no sólo se incluyen conflictos civiles y mercantiles, esto es, de dos disciplinas científicas divergentes, sino también —y acaso, como criterio revelador de la distinta filosofía y principios que informan sus variados procesos— materias de naturaleza dispositiva con otras afectadas por un marcado interés social y de naturaleza totalmente indisponible.

En muchos casos, el proceso se suscita entre partes conocidas, determinadas y ciertas, por materias plenamente disponibles, y con unas pretensiones nítidamente delimitadas, así como con una normativa sustantiva cada vez más depurada. Pero de una multiplicidad de daños propios o ajenos no responde, sin embargo, ninguna persona concreta, tampoco ninguna entidad aseguradora, ni tan siquiera el Estado; se trata de los daños, a modo de ejemplo, proferidos por la propia naturaleza de las personas —así, algunas causas de discapacidad—; de los generados por las agresiones de otras épocas —así los enterramientos en fosas comunes tras los fusilamientos de la Guerra civil española—; de los surgidos por la enfermedad física ante las necesidades de solidaridad en materia de supervivencia —así, las donaciones de órganos entre donantes vivos—; o, en fin, por los motivados por desencuentros en el núcleo más familiar y, acaso, íntimo de las personas —así, la no confluencia de criterio unívoco respecto del cuidado y educación de los hijos comunes—. Ahora bien, la inexistencia de una reparación a cargo de persona determinada o, en su caso, de entidad alguna, pública o privada, de estos daños que afectan a las personas, desde antes incluso de su propio nacimiento y hasta más allá de su muerte, tan sólo significa que no serán objeto de reparación económica a cargo de dichas personas o entidades, pero, desde luego, de desatención procesal, de ausencia de respuesta en justicia, de no reconocimiento social ni mucho menos, de omisión de restauración física o moral, cuando lo precisen. Y es que la inexistencia de repercusión económica en estos supuestos no ha de conllevar, para colmo, una ausencia de apoyo institucional, y un tratamiento homogéneo, como si de un asunto estrictamente privado se tratase.

Es por ello por lo que no podemos permitirnos una Jurisdicción civil confusa, disparatada, extremadamente especializada, con dos modalidades idénticas en todo salvo en su desenlace y con unos procedimientos muy similares para conflictos tan dispares como los dispositivos y los indisponibles. Los menores, los aspirantes a la provisión de apoyos y los ausentes merecen un proceso acorde a sus expectativas de justicia, que son bien distintas, a modo de ejemplo, a las de los accionistas favorables al mantenimiento de un acuerdo económico de una sociedad de capital. Si la jurisprudencia ha creado el concepto jurídico indeterminado del “interés superior del menor” extrapolable a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y de la especial protección del ausente, resulta de todo punto evidente que ese interés comienza por el reconocimiento de los derechos, de este colectivo, en un proceso acorde, si no a sus necesidades (que también, pues debiera “humanizarse” al máximo en tales casos), sí al menos a sus posibilidades (con la implementación de procedimientos sencillos, ágiles, flexibles, económicos y, sobre todo, acelerados).

La selección de materias incluidas en el nuevo ámbito objetivo de la Jurisdicción voluntaria, así como las deficientemente reguladas o, peor aún, las incomprensiblemente desterradas, no responde, en honor a la verdad, a criterio unificador alguno, sino a simples impulsos de oportunidad técnica, jurídica, práctica, económica o, acaso, de refuerzo de la seguridad jurídica. Así, materias tradicionalmente encomendadas a la Jurisdicción Voluntaria, como la sustracción internacional de menores⁸, han sido, inexplicablemente, reenviadas a la Jurisdicción Contenciosa. La tortuosa regulación procesal de algunas otras materias, que ha llegado, incluso, a desincentivar a sus aspirantes, mediante el abandono por puro agotamiento de sus legítimas pretensiones, como la adopción, susceptible de reenvío hasta a cuatro procesos distintos, ha quedado regulada, de nuevo, de

⁸ Para un estudio detallado, se remite al lector a CALAZA LOPEZ, S., “Los procesos de restitución o retorno en los supuestos de sustracción internacional de menores”, Ed. La Ley, Madrid, 2015; “Un inconveniente trasvase de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa en los conflictos de sustracción internacional de menores”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 907, 4 de junio de 2015; “El nuevo régimen jurídico de la Sustracción Internacional de Menores”, *Diario La Ley* nº 8564 (*Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*), 18 de junio de 2015; “Comentario al proceso de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional de menores”, en “Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, dirigidos por el Prof. Fernández de Buján, Ed. Civitas, Madrid, 2016; “Dos Jurisdicciones implicadas en la resolución de los desplazamientos y retenciones ilícitos transfronterizos de menores”, *La Ley Derecho de Familia*, Ed. La Ley, 2016.

forma “atormentada”⁹ y se ha perdido, una vez más, la oportunidad de unificar, simplificar y abaratar trámites, para otorgar una respuesta dotada no sólo de la imprescindible seguridad jurídica, sino también de la inmediatez que reclama la asunción de la filiación por adopción.

Y tantas otras materias que se encuentran en un limbo continúan ajenas a toda regulación, en lugar de introducirse, expresamente, en el marco de actuación de la Jurisdicción Voluntaria. Así, a modo de ejemplo, el tratamiento médico no consentido por los enfermos mentales¹⁰ o la autorización para contraer matrimonio de los menores emancipados¹¹. Es de prever que la Jurisdicción Voluntaria sea el ámbito natural de todas esas situaciones o relaciones que, con nula o escasa discordia, tanto en presencia de intereses privados como públicos, sean de naturaleza disponible o indisponible, precisen la urgente intervención judicial, en un proceso ágil, sencillo, flexible, accesible y económico, aunque no se encuentren previstos de manera expresa en la LJV. Tal es el caso, a modo de ejemplo, de la exhumación de cadáveres, como ha acontecido recientemente con el auto dimanante de un expediente de Jurisdicción Voluntaria relativo a un caso del Valle de los Caídos, al que de inmediato nos referiremos.

1. Procesos de menores

Los procesos de menores precisan, siempre y en todo caso, la intervención judicial y la participación del Ministerio Fiscal, por razón de su absoluta

⁹ Vid., un estudio detallado, en CALAZA LÓPEZ, S., “Proceso para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”, Revista General de Derecho Procesal de IUSTEL nº 36, junio, 2015; “Cuatro procesos entrecruzados en la constitución judicial de la adopción de menores. Un auténtico calvario procesal irresuelto en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, La Ley Derecho de Familia, Ed. La Ley, Madrid, 19 de mayo de 2015; “El nuevo proceso de filiación por adopción”, en “Nuevos horizontes del Derecho procesal”, Ed. Bosch, 2016.

¹⁰ Vid., a este respecto, FUERTES ROCAÑIN, J.C.; RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.; FUERTES IGLESIAS, C; y NARANJO RODRIGUEZ, J., cuando señalan que “siendo como somos partidarios de la seguridad jurídica como uno de los valores fundamentales del sistema, nos parece necesaria la regulación legal del tratamiento médico no consentido por los enfermos mentales ya que es preferible tener normas incluso discutibles, que la ausencia de regulación”, en “Necesidad de regulación legal del tratamiento ambulatorio involuntario en pacientes psiquiátricos”, Diario La Ley nº 9123, 2018, p. 7.

¹¹ Vid., PERAMATO MARTÍN, T., cuando advierte que “en España se pueden casar los menores emancipados sin autorización judicial; ello podría favorecer los matrimonios infantiles impuestos”, en “Matrimonio infantil, precoz y forzado (1ª parte)”, Diario La Ley nº 8965, 2017.

indisponibilidad¹², del necesario refuerzo de las garantías procesales, de la mayor protección de sus afectados y de la más estricta observancia, tanto en la sustanciación del procedimiento, como, de manera especialmente intensa, en su resolución sustantiva, del denominado “interés superior del menor”¹³. Una de las grandes novedades de la Jurisdicción voluntaria ha sido la denominada “externalización” de la Jurisdicción en materia matrimonial, al reconducir las separaciones y/o divorcios voluntarios, a los Notarios, si bien esta homologación de voluntades¹⁴, en escritura pública, encuentra un límite infranqueable en la presencia de menores o personas con discapacidad provistas de apoyos, pues de encontrarse a su cargo, unos u otros, los cónyuges habrán de acudir a la Jurisdicción contenciosa para instar idéntica pretensión. Esta exclusión expresa es una clara muestra de desconfianza hacia la modalidad jurisdiccional que se estrena en 2015.

En la JV se han incluido algunos de los procesos de menores más cotidianos, pero desde luego, no los más relevantes y/o traumáticos, que se han reservado para la contenciosa, bajo la tan inconsciente como errónea creencia de que esta última ofrece mayores garantías y probabilidades de acierto que la voluntaria. En un trabajo de esta dimensión no podemos acometer un recorrido exhaustivo por todos los procesos civiles de menores, pero sí acaso, mencionar una primera selección de algunos de ellos con la anticipada consideración de que todos, por razón de sus idénticos principios, debieran reconducirse a la Jurisdicción voluntaria¹⁵.

En primer término, la LJV ha reforzado, en el marco de los procedimientos, las garantías de las exploraciones y audiencias de los menores (extensibles a

¹² Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “La tutela del *superior interés del menor* en el proceso judicial”, Revista de Derecho de Familia, ISSN 2341-0566, La Ley, Madrid, 2015, 20 pp.

¹³ Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “La tutela del *superior interés del menor* en el proceso judicial”, Revista de Derecho de Familia, ISSN 2341-0566, La Ley, Madrid, 2015.

¹⁴ Vid., un estudio en JORDÁ CAPITÁN, E., “La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria y por la proyectada ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil 9/2015.

¹⁵ Vid., en este sentido, CALAZA LÓPEZ, S., “Dame más Jurisdicción voluntaria de menores”, en “Los menores en el Derecho procesal y la Jurisdicción Voluntaria”, Práctica de Tribunales nº 124, Ed. Wolters Kluwer La Ley, ISSN 1697-7068, enero-febrero 2017.

mayores con discapacidad provistos de apoyos) al regular su práctica en acto separado, sin interferencias de otras personas, en condiciones idóneas, en términos accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando, incluso, el auxilio de especialistas cuando fuere necesario¹⁶.

Asimismo, la LJV ha reforzado, en el procedimiento general de la Jurisdicción Voluntaria, referido a materias indisponibles, las facultades del Juez en materia de prueba, lo que se manifiesta en la regulación expresa de la denominada *prueba de oficio*.

Esta posibilidad, encomendada al Juez –e incluso, al Letrado de la Administración de Justicia, en los expedientes de su competencia–, conforme a un ejercicio de oportunidad reglada o legalidad pura, según los casos –“cuando lo estime conveniente para clarificar algún elemento relevante y determinante de la cuestión o expresamente lo prevea la ley”, según el tenor literal–, de ordenar prueba de oficio se circunscribe, según el artículo 5 de la LJV, a los casos en que exista un interés público, se afecte a menores o personas con discapacidad precisadas de apoyo. La afectación a menores o personas con discapacidad precisadas de apoyo constituyen dos criterios cerrados de sencilla comprensión, pero el interés público no siempre resulta nítido, claro y evidente, pues la sola pacificación social de las personas con derechos o intereses contradichos puede ser considerado, en sentido amplio, un asunto de interés público, lo que exige un doble juicio de oportunidad judicial: primero, detectar, más allá de los casos evidentes, en cuáles expedientes se encuentra realmente comprometido el interés público, para, una vez afirmado éste, erigirse en el director del proceso y ordenar, cuando las partes no la hayan propuesto en su debido momento –esto es, sin anticiparse– la prueba que, de nuevo conforme a criterios de conveniencia, oportunidad y, acaso, proporcionalidad, estime necesaria –no la ociosa o prescindible, naturalmente– para la resolución de ese concreto expediente.

La búsqueda de la única Realidad existente en los expedientes afectados por el interés público, más allá de todas las paradójicas verdades antojadas por la procesalística –formal, material, virtual– justifica el razonable refuerzo legal de esta prueba de oficio, si bien la doctrina científica más especializada en materia

¹⁶ Vid., un estudio en PÉREZ GALVÁN, M., “La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia”, Diario La Ley nº 8866, 2016.

probatoria, rehúsa su utilización expansiva o ilimitada¹⁷, por comprensibles razones de imparcialidad, de un lado, y de coherencia, compensación y conexión procedimental de nuestros juicios civiles modernos, lo que se traduce, coloquialmente, en no conferir al Juez de la Jurisdicción Voluntaria mayores facultades o poderes, en materia de prueba, que al de la Jurisdicción Contenciosa, de otro.

Muy a pesar de este refuerzo procedimental, en materias no dispositivas, se ha desperdiciado, sin embargo, la oportunidad revisar y, en su caso, ampliar, en el marco de la Jurisdicción Voluntaria, la acción, control, supervisión y límites judiciales de conflictos puntales o situaciones precisadas de intervención, afectantes a los menores, tanto en el seno de la unidad familiar como fuera de ella¹⁸.

Las divergencias en la toma de decisiones que afectan a los menores se resolverá en el marco de la Jurisdicción voluntaria cuando se refiera a desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores, si bien dichas discordias habrán de ser de alcance aparentemente menor, pues la reversión de medidas sustanciales acordadas en procesos contenciosos, precisarán, ante un cambio sustancial de circunstancias o cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos, de un nuevo proceso contenciosa¹⁹.

¹⁷ NIEVA FENOLL, J., señala, en este sentido, que “pese a la sugerida obligatoriedad y a que son amplios los términos del artículo en cuanto al uso de la prueba de oficio, esa actividad debiera limitarse a una mera sugerencia para no ir más allá de lo dispuesto para la audiencia previa en el art. 429.1 de la LEC”, en “Comentario al artículo 5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en “Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria”, dirigidos por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 114.

¹⁸ Vid, en favor de una apuesta por la derivación a la Jurisdicción Voluntaria de los conflictos afectantes a menores, en CALAZA LÓPEZ, S., “La tutela del *superior interés del menor* en el proceso judicial”, Revista de Derecho de Familia, La Ley, Madrid, 2015; “Una nueva Jurisdicción Voluntaria de personas y de familia”, Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil, La Ley, Madrid, 2015; “Comentario a la Disposición Final 3ª.5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en “Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, dirigidos por el Prof. Fernández de Buján, Ed. Civitas, Madrid, 2016; “Procedimiento para la exclusión de funciones tutelares del adoptante y extinción de la adopción”, en “Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La Ley 15/2015, de 2 de julio”, Ed. Dykinson, Madrid, 2016; “Dame más Jurisdicción Voluntaria de menores”, en “Los menores en el Derecho procesal y la Jurisdicción Voluntaria”, Práctica de Tribunales nº 124, Ed. Wolters Kluwer La Ley, enero-febrero 2017.

¹⁹ Vid., un estudio detallado, en CASADO CASADO, B., “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, Diario La Ley nº 9177, 2018.

Y ello es lógico. No sería razonable que pudiese modificarse o alterarse, en el marco de la Jurisdicción voluntaria, una medida adoptada judicialmente en el de la Jurisdicción contenciosa. De ahí que, ante la aparición de alguna de estas dos condiciones –cambio sustancial de las circunstancias o nuevas necesidades de los hijos–, podrá acudir a la Jurisdicción de la que se partió –siendo menores, la contenciosa– para instar la pretendida modificación²⁰.

La resolución de conflictos de alcance tan doméstico como, entre tantos posibles ejemplos, la elección del centro escolar²¹ o la de unas u otras actividades de ocio o deporte²², ha impulsado a un sector de la sociedad a cuestionarse si realmente deben financiarse, por la vía de los procesos y expedientes judiciales, controversias de apariencia tan menor²³. Nuestra opinión a este respecto resulta indubitada: los profesionales integrados en los poderes públicos no pueden erigirse en seres potencialmente superiores que establezcan cuáles conflictos deban

²⁰ Vid., en este sentido, DIAZ SOLÍS, A., cuando señala que “Si éstos –los progenitores, se entiende– se encuentran divorciados o separados por sentencia firme y se plantea un conflicto puntual sobre el ejercicio de la patria potestad, en este caso se deberá acudir al procedimiento regulado en el art. 86 de la Ley 15/2015. (...). Si la divergencia respecto al ejercicio de la patria potestad implicase una modificación de las medidas definitivas dictadas en un procedimiento de separación o divorcio, entonces habría que acudir a la vía del 775 LEC”, en “Divergencias en el ejercicio de la patria potestad, en especial la autorización para el cambio de domicilio del menor”, Diario La Ley nº 9186, 2018.

²¹ Vid., a modo de ilustrativo ejemplo, el AJPI Moncada, de 21 de junio de 2017, sobre la elección del colegio más adecuado conforme a las creencias religiosas y convicciones de los progenitores.

²² Según el AAP de Córdoba, de 9 de abril de 2018, constituyen actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad que precisan autorización judicial, entre otras, las siguientes: la elección del lugar de residencia del menor y la del traslado de domicilio del mismo, así como la elección del colegio, al margen igualmente de las decisiones relativas a la salud física y psíquica del menor, el sometimiento a terapias o tratamientos (fisioterapia, quimioterapia, rehabilitación, etc.), intervención quirúrgica, o inclusive actividades de ocio o deporte de riesgo o extraescolares que constituyen un gasto extraordinario, que deben abonarse por ambos progenitores por mitad”.

²³ Y decimos de “apariencia tan menor” porque esta misma pretensión, relativa al cambio de “colegio” comporta, según los casos, una mera selección de uno u otro, dentro de la misma circunscripción, o un cambio de localidad que conlleva modificación de medidas adoptadas en sentencia judicial. Vid., en este sentido, el AAP de La Rioja, de 5 de diciembre de 2018, dónde se señala que “la nueva situación conlleva decisiones complejas que afectan directamente al menor, respecto a residencia, régimen de visitas, incluso guardia y custodia, alimentos..., para cuya resolución no es cauce adecuado el presente procedimiento, por lo que las decisiones al respecto habrán de adoptarse, atendiendo al mejor interés del menor, en un proceso de modificación de medidas por los trámites del art. 770 de la LEC”.

ventilarse ante los Tribunales de Justicia y cuáles no. Todos los conflictos inter-subjetivos y sociales merecen una respuesta estatal, salvo los que se concreten en pretensiones absolutamente infundadas. En consecuencia, y en el ámbito que nos ocupa, habrá de atenderse a la "dimensión del conflicto" para determinar a cuál de las dos modalidades de la Jurisdicción civil, deben acudir los afectados por la discrepancia, divergencia o mera desavenencia: si el conflicto no conlleva una modificación de las medidas adoptadas en un proceso contencioso, podrá acudirse a la Jurisdicción voluntaria; si el conflicto supone una modulación de tales medidas, habrá de formularse la demanda ante la Jurisdicción contenciosa. Naturalmente esta premisa no admite su reverso: esto es, cualquier divergencia resuelta en el marco de la Jurisdicción voluntaria podrá volver a plantearse en la contenciosa –y ello con independencia del cambio sustancial de circunstancias o de las nuevas necesidades de los hijos– pues, como se ha anticipado, esta Jurisdicción tiene la virtualidad de dirimir, de manera definitiva, sus propios conflictos. De reconducirse, conforme a nuestra propuesta, todos los conflictos afectantes a menores, a la Jurisdicción voluntaria, se concluiría, de una vez por todas, con esta esquizofrénica regulación, en la que tenemos que atender a la dimensión del conflicto, con el consiguiente riesgo de equivocarnos, para determinar cuál de las dos modalidades, si la voluntaria o la contenciosa, es la adecuada para canalizar procedimentalmente la concreta desavenencia y otorgar oportuna respuesta.

En la nueva LJV se contemplan, asimismo, procedimientos respecto de mayores que no han sido, ello no obstante, previstos para los menores, como es el caso de la extracción de órganos de donantes vivos. Este expediente se ha regulado de manera ágil, económica, rápida y garantista, así como con establecimiento inequívoco de sus presupuestos condicionantes. Así, la LJV construye, en tres preceptos (78, 79 y 80) este sencillo expediente, para el que no resulta preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, y quedará circunscrito a la verificación judicial, expedida en un "documento de cesión del órgano" revocable hasta el mismo momento de la intervención y no en un auto, de que el donante ha prestado su consentimiento de forma expresa –*no implícita, supuesta o sobreentendida*–, libre –*sin sujeción a condicionantes*–, consciente –*en pleno uso de sus facultades mentales*– y desinteresada –*sin contraprestación alguna*–, tras haber sido –*convendría añadir*– "debidamente informado".

Este mismo expediente no ha sido objeto de regulación para el caso de que el donante sea menor o personas con discapacidad precisadas de apoyo y

podríamos plantearnos, ante esta omisión, si cabría que el tutor supliese en juicio su capacidad para instar idéntica donación de órganos. Esta incógnita debería despejarse en favor de la opción más conservadora, que, a su vez, será la que otorgue una mayor protección al donante menor o personas con discapacidad precisadas de apoyo, esto es, la de establecer, a modo de cuestión prejudicial, en el propio procedimiento de JV, la necesidad de enjuiciar, a cargo del mismo Juez, en primer término, la suficiencia de la capacidad de entendimiento, comprensión y control de la información terapéutica recibida²⁴, en su presencia, procediendo a autorizar la cesión del órgano, en un segundo momento, cuando aquella proyección de la capacidad mental resultase plenamente acreditada.

Y es que ha de advertirse que este tipo de resoluciones no serán susceptibles de reversión, como acontece con las que concluyen otros expedientes judiciales, carentes de cosa juzgada *ad extra* por cuánto una vez extraído el órgano, la irreversibilidad de la extracción resulta obvia. De ahí que deban extremarse los límites, controles, garantías y cautelas a la hora de acreditar judicialmente, en presencia del Ministerio Fiscal, del propio donante menor o con capacidad modificada, y del profesional sanitario, así como, en su caso, de otros especialistas, que este donante tiene suficiente lucidez para ser consciente de los riesgos que asume; conocer la intervención a la que se somete; comprender la finalidad de la extracción; así como consentir, libre, consciente, informada y desinteresadamente dicha donación, consentimiento que será reversible hasta el mismo momento de la extracción.

2. Expedientes y procesos judiciales de provisión de apoyos a personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

Trece años después de la ratificación, por España, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, en su Sede de Nueva York, con entrada en vigor diferida al 3 de mayo de 2008 –¡al fin!– contamos con una nueva legislación: la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la

²⁴ El Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, en Auto 785/2007, de 18 de octubre, ha estimado que “no puede estimarse que para el supuesto de donación de órganos baste el consentimiento del tutor, considerando que, por analogía a los supuestos de esterilización del menor, deberá ser autorizada por el Juez supliendo la falta de capacidad del mismo”.

legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, LRAPD). Esta Ley deriva los clásicos procesos sobre la capacidad de las personas a unos nuevos expedientes de JV que, de suscitarse oposición, se transmutarán en procesos de la JC.

El expediente de provisión de apoyos es totalmente nuevo. El Legislador lo ha creado sobre la base de la nada: en algunas partes del procedimiento, de manera acertada y en otras, mejorable; pero en su conjunto, ha regulado un procedimiento rápido, expeditivo, flexible y humano. Lo primero que cabe destacar, antes de adentrarnos en el procedimiento, es la ausencia de regulación expresa de la denominada *causa petendi*. La nueva regulación de estos expedientes y procesos es diáfana en su *petitum* –provisión de apoyos– pero deja en la nebulosa la *causa petendi*, pues no se expone qué tipo de discapacidad puede originar una pretensión de provisión de apoyos: una de las Legisladoras ha manifestado, en estudios posteriores a la Ley, que esta omisión ha sido consciente, ante la ductilidad, dinamismo y variabilidad de la discapacidad, pero la provisión de apoyos tiene por destinatarios, principalmente, personas con dificultades cognitivas, intelectuales o psicosociales.

La regulación comienza con la competencia y la afronta de una forma muy acertada, pues apuesta por la ruptura de la clásica *perpetuatio iurisdictionis*, consistente, como se sabe, en el mantenimiento de la Jurisdicción, con independencia de los cambios que se produzcan a lo largo de la tramitación de los distintos procedimientos. En materia de discapacidad, este principio clásico ha de ceder, ante el dinamismo reinante en la sociedad actual, en favor de otro moderno: la modificación de la competencia cuando la persona con discapacidad cambie su residencia habitual en plena pendencia del expediente judicial de provisión de apoyos.

La legitimación apenas sufre modificación alguna. La legitimación para solicitar la *provisión judicial de apoyos* corresponde al MF, a la propia persona con discapacidad, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quién se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes y hermanos. Ahora bien, esta legitimación general que debiera ser troncal para todos y cada uno de los expedientes de JV destinados a los distintos avatares de las personas con discapacidad, con la única incorporación –una vez designado el curador– de dicha persona, sufre un sinfín de modificaciones en función de cuál

sea el concreto pedimento solicitado al Juez. Y ello dificulta considerablemente la comprensión y acierto de la legitimación en todas las ramificaciones de las distintas pretensiones de salvaguarda de las personas con discapacidad.

La capacidad de postulación es preceptiva para la primera provisión de apoyos. Sin embargo, esta intervención ya no será obligatoria para el resto de expedientes, con la sola excepción de los relativos a la remoción del tutor o curador y a la extinción de poderes preventivos, en los que sí será necesaria la intervención de Abogado, pero no la del Procurador. La dificultad, para un lego en Derecho, de acudir, a los Tribunales de Justicia, para solicitar una medida de apoyo a la persona con discapacidad puede comportar, en la mayoría de los casos, que esta premisa –potestativa intervención de Abogado y Procurador– se convierta en una ficción o en una romántica “declaración de intenciones”, pues la cruda realidad demuestra que el acceso a la Justicia no goza, por el momento, de la suficiente sencillez como para asumirla en solitario y sin la estrecha colaboración de un Abogado.

En todo caso, las sucesivas “reapariciones” en el mismo expediente para ir depurando aspectos espinosos de la misma provisión del apoyo concretamente otorgado o, incluso, para su ulterior control, debieran simplificarse al máximo; incluso estandarizarse, con el objeto de que los distintos legitimados puedan acceder, gratuitamente, y de forma sencilla, a un expediente resuelto, pero susceptible de reaperturas periódicas para otorgar soluciones tempranas –incluso monitorizadas– a cuestiones que, por la naturaleza cambiante y evolutiva de la discapacidad, no pudieron quedar resueltas en las anteriores intervenciones judiciales.

El procedimiento de JV aspira a ser sencillo y expeditivo. Consta, esencialmente, de dos fases: una primera fase escrita de preparación de la comparecencia, donde se trata de hacer acopio de todos los documentos, certificaciones, dictámenes y proposición de pruebas que aconsejen la provisión del apoyo; y una comparecencia con un triple contenido: primero y prioritario, ilustrar a la persona con discapacidad acerca de la existencia de alternativas de apoyo distintas a las judiciales; segundo, práctica de la prueba orientada a la fijación del contenido del auto que culmine este expediente; o, en fin, tercero, reconversión del expediente voluntario en un proceso contencioso ante la manifestación de una oposición. De apreciarse la referida oposición –y siempre que no se refiera a la designación de una persona concreta–, este sencillo expediente de JV se

transmuta en un proceso contencioso, regulado en la LEC. El proceso contencioso comenzará, una vez acreditada la frustración del expediente voluntario, pero –para nuestro asombro– la solicitud de designación de apoyos no podrá instarse directamente por el proceso contencioso cuando la oposición sea palmaria desde el mismo inicio. La competencia, legitimación y capacidad de postulación reguladas en el proceso contencioso de la LEC son, en todo, idénticos –como no podía ser de otro modo– a los regulados en la LJV. Las líneas maestras del procedimiento contencioso también son idénticas a las del expediente voluntario. De ahí mi crítica constante a la inconveniencia de mantener una duplicidad de procedimientos, ante el mismo Juez competente, para lograr idénticos fines: la única diferencia –que tampoco es tal si se repara en que la LJV no se detiene a regularlo, con minuciosidad y le resulta de aplicación supletoria la LEC– se centra en la fase probatoria.

3. Procesos de ausentes

En este ámbito reside precisamente uno de los supuestos que podríamos calificar, acaso, como más llamativos de la JV pues, a través de su procedimiento, cabe solicitar la exhumación de cadáveres. La primera vez que se planteó, a través de un expediente de JV, la exhumación de un cadáver, el Juzgado, en efecto, la autorizó, pero al practicarse la apertura del nicho, se constató que había tres cadáveres y no podía concretarse cual de ellos correspondía a la madre de la solicitante, razón por la que ese mismo Juzgado procedió, sin más, a acordar el archivo del expediente, por estimar que no se podía ejecutar la exhumación ordenada. Afortunadamente, la Audiencia revirtió esta decisión, pues no cabe denegar de plano la solicitud de extracción de material genético de tres cadáveres, abocando a la hija de uno de ellos, a una falta de respuesta judicial²⁵. Unos años después, y ya en vigor la nueva LJV, se normalizó este expediente de información para la perpetua memoria (*ad perpetuam rei memoriam*) que no se limita ya a la aprobación y protocolización de esta memoria, sino que también alcanza a la autorización para la recuperación de los restos mortales de las personas tristemente desaparecidas, durante la Guerra civil y la dictadura, en el presente caso²⁶. El TS excluyó, en su auto de 28 de marzo de 2012, toda posibilidad de perseguir, por vía penal, a los autores de aquellos ilícitos, si bien queda abierta, ya en la

²⁵ Vid., esta resolución, en el AAP de Girona, de 19 de abril de 2006.

²⁶ Vid., a este respecto, el AJPI, de San Lorenzo de El Escorial, de 30 de marzo de 2016.

Jurisdicción civil, la opción de solicitar o, si se prefiere, demandar la identificación de los cadáveres para regularizar su situación y otorgarles individualizada y digna sepultura. La particularidad de este expediente judicial, dirigido a la búsqueda, identificación y, en su caso, entrega de restos cadavéricos, precisa, por razón del interés público inherente al objeto enjuiciado, la intervención del MF, quien manifestará la procedencia o improcedencia, caso por caso, de su admisión. Asimismo, y al objeto de aproximarse a determinar la oportunidad de averiguar, en el caso concreto, dónde puedan hallarse, con la mayor precisión posible, los restos cadavéricos de los familiares que se pretenden encontrar, identificar y entregar –por este orden secuencial– resulta esencial la práctica de la prueba, en especial, de la testifical, pues normalmente será por referencias de otros familiares, amigos, vecinos y/o conocidos, cómo podrá determinarse cómo, cuándo y dónde falleció el familiar, cuyos restos se tratan de investigar. De ahí que este expediente deba seguir un itinerario peculiar respecto al resto de expedientes y procesos civiles, por cuánto se partirá de las declaraciones testificales, en presencia del MF²⁷, para ulteriormente determinar, su suficiencia, a efectos de proceder, en primer término, a la búsqueda de los restos; en segundo, a la investigación genética; y al fin, caso de resultar exitosas las anteriores averiguaciones, a la entrega para dar adecuado cumplimiento al derecho de las personas a la digna sepultura. La dificultad probatoria inherente al objeto de este expediente –destinado a averiguar dónde puedan hallarse los restos cadavéricos de quienes han sido fusilados y enterrados, en penosas condiciones, durante o tras el caos de una guerra civil– es tal que no se exige, para emprenderlo, una precisión, certeza o seguridad plena, del contenido de la testifical²⁸, bastando una mera creencia,

²⁷ El referido AJPI de San Lorenzo de El Escorial de 30 de marzo de 2016 señaló, a este respecto, lo siguiente: “en materia de prueba, se deben llevar a cabo las declaraciones de testigos, conforme a las reglas generales del ordenamiento, con las preguntas generales de la Ley y bajo juramento o promesa de decir verdad, con citación previa del MF, pudiéndose pedir al testigo las explicaciones que se estimen convenientes para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales hubiera declarado. Tras la práctica testifical, se debe dar traslado al Ministerio Fiscal, el cual emitirá dictamen en el que se manifieste si existe defecto en el procedimiento, de incapacidad del testigo o perjuicio a persona cierta y determinada. Tras dicho dictamen es cuándo se debe resolver por auto estimatorio o desestimatorio de la información presentada en el procedimiento”.

²⁸ El AJPI de San Lorenzo de El Escorial de 30 de marzo de 2016 es muy elocuente en este sentido: “No se puede pretender que exista una certeza plena de los hechos, teniendo en cuenta como se produjeron, sin publicidad ni documentación de ello, considerando que la tradición oral es la forma que tenían las familias para saber una vez que se fusilaba o finalizaba con la vida de la persona, por medio de las manifestaciones en el pueblo, vecinos, sin que exista un documento ofi-

idea, impresión, inferencia o deducción²⁹. Así, pues, tras las imprescindibles declaraciones testificales, nos encontramos en un escenario de probabilidad, que podrá despejarse con la investigación, en el lugar indicado, del cadáver o, en su caso, de los cadáveres encontrados; y esta averiguación constituirá la antesala de la ulterior práctica de la prueba de los indicadores de ADN³⁰, que será la que determine, con exactitud, si alguno de los restos coincide, en verdad, con el familiar del solicitante. En tal caso, se procederá a la entrega con pleno respeto a su integridad, dignidad y memoria.

V. CONCLUSIONES

La Jurisdicción civil española se encuentra desglosada en dos modalidades: una Jurisdicción contenciosa saturada de procesos especiales y una Jurisdicción voluntaria ineficiente, por cuánto no culmina, en su seno, la conflictividad que está llamada a resolver, dado que sus resoluciones carecen de la más elemental cosa juzgada material, pudiendo, en consecuencia, ser revertidas en la ulterior Jurisdicción contenciosa.

La Jurisdicción contenciosa no difiere en nada, respecto de la voluntaria, a salvo la referida ausencia de cosa juzgada predicable de las resoluciones

cial que lo determinase. Además no consta sentencia de condena conforme la legislación vigente en el momento de los hechos que acordase la pena de muerte de los familiares de la actora, que determinase la forma de realización u otro documento al efecto. A la hora de valorar la prueba, tiene que tenerse en cuenta la época en la que se produjeron los hechos, y la situación histórica de la misma, lo que dificulta el poder determinar fehacientemente y con certeza plena la forma en que ocurrieron los hechos, y en caso de que se requiriese, certeza plena de ellos, generaría una situación imposible de prueba, la conocida como *probatio diabolica*".

²⁹ Así se ha entendido, de manera acertada, en el AJPI de San Lorenzo de El Escorial, de 30 de marzo de 2016, cuando se ha advertido que "una vez determinado el alcance y los principios que rigen el presente expediente, es necesario proceder a la valoración probatoria, exponiendo en dicho sentido que el contenido de la prueba en las informaciones *ad perpetuam*, en general referente a los hechos acaecidos, no requiere necesariamente que haya sido percibido por el deponente, sino también deducido, más siempre que no encierre opinión o juicio de valor propio o ajenos".

³⁰ Vid., un relevante estudio sobre el medio probatorio por excelencia para determinar la identidad de los cadáveres, en estos casos de exhumación, en CABEZUDO BAJO, M.J., "Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica-tecnológica de probabilidad en el proceso penal", Ed. Aranzadi, Navarra, 2017.

dimanantes de esta última, pues tanto una como la otra albergan, en su ámbito objetivo, cuestiones en las que se encuentra altamente comprometido el interés social (así, la exhumación de cadáveres o extracción de órganos entre donantes vivos en la JV) y las personas vulnerables (protección al honor, intimidad y propia imagen de los menores o personas con discapacidad precisadas de apoyo; autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con discapacidad precisadas de apoyo, de nuevo en la JV), de manera conjunta a otras plenamente dispositivas (fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones o deslinde de fincas no inscritas, también en la JV). La ausencia de orden nos sume en el desconcierto. Ni todos los procesos voluntarios se integran en la JV (así, la capacidad de las personas no rebatida está prevista en un contencioso especial de la LEC), ni todos los procesos contenciosos se integran la JC (de hecho, el surgimiento de la oposición no transmuta, con carácter general, el voluntario en contencioso). Si a ello añadimos que la nueva JV se ha diseñado como el "precedente cronológico" de la JC, por cuánto no concluye, de una vez por todas, sus propios conflictos, entonces nos encontramos ante un verdadero "encarnizamiento procesal".

Ante este panorama desolador, pare razonable una reorganización, redistribución o, incluso, reinención de la Jurisdicción civil que construya, sobre los sólidos cimientos de las estructuras clásicas, una innovadora Administración de Justicia civil acorde a las necesidades de los ciudadanos del siglo XXI. Y para ello debiéramos apostar por un fortalecimiento de las dos modalidades que integran nuestra Jurisdicción civil, dotándolas de autonomía conceptual, dogmática, competencial y procedimental, de tal suerte que los conflictos ubicados cada en una de ellas deban ser resueltos, en su propio marco, con fuerza de cosa juzgada. Para ello podríamos reconsiderar si la "conflictividad" o "no conflictividad" del asunto deba ser, como lo fue en su día, un elemento delimitador de la reconducción del asunto a una u otra jurisdicción. También cabría convenir, de aceptarse dicha controversia en el seno de la JV, si debe mantenerse la oposición hasta el término o suponer una reconversión en un contencioso. Pero lo que no debiera considerarse, en ningún caso, si se pretende desglosar la Jurisdicción civil en dos modalidades, es tener una fuerte y otra débil; una de primera y otra de segunda; una útil y otra inútil, que es precisamente lo que se ha logrado al regular una Jurisdicción voluntaria sin fuerza de cosa juzgada.

Nuestra apuesta pasaría, en una primera aproximación a la necesaria redistribución objetiva, competencial y procedimental, por distinguir los procesos en función de sus principios y no de criterios de "oportunidad política" o "utilidad práctica", de suerte que todas las materias indisponibles debieran integrar la Jurisdicción voluntaria por razón de su mayor flexibilidad³¹, celeridad, sencillez, humanidad, proximidad y, acaso, economía material y procedimental. Asimismo, dentro de las materias disponibles, debieran integrarse en la Jurisdicción voluntaria aquellas que no fuesen conflictivas, debiendo derivarse automáticamente a la contenciosa, en el mismo momento en que surja el conflicto. Finalmente, debieran integrarse igualmente en la Jurisdicción voluntaria todas aquellas materias afectadas por el interés social, siempre y cuando, pese a la relevancia social de su objeto, éste se circunscriba al concreto interés de los solicitantes y no proyecte efecto alguno hacia terceros. Y todo ello en el entendido de que todos estos expedientes habrán de gozar de los efectos materiales de la cosa juzgada, tanto *ad intra*, como *ad extra*, quedando maximizada la probabilidad de acierto, de un lado, con la posibilidad de plantear el mismo conflicto ante la modulación de circunstancias concurrentes al tiempo de dictarse la resolución opresora y, de otro, con los recursos legalmente establecidos.

Bibliografía

BLAZQUEZ MARTÍN, R., "El tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo", Diario La Ley nº 9327.

BONET NAVARRO, J., "El monitorio notarial y otras carcomas de la potestad jurisdiccional", Diario La Ley nº 9167, 2018.

CABEZUDO BAJO, M.J., "Propuestas para una regulación de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica-tecnológica de probabilidad en el proceso penal", Ed. Aranzadi, Navarra, 2017.

³¹ En el AAP de Barcelona, de 1 de julio de 2018, se establece, de forma esclarecedora respecto de la flexibilidad de la JV, lo siguiente: "el juzgado ejecutor no puede no puede limitarse a emitir un despacho de ejecución como si se tratara de pagar un dinero o entregar una cosa inerte, ni a dictar una orden de ejecución cuando el efecto coactivo de la misma puede deparar un perjuicio al menor, sino que ha de realizar previamente una sumaria indagación convocando una comparencia urgente de las partes para adoptar, en su caso, las medidas oportunas que resulten más idóneas, con sujeción a las reglas flexibles de la jurisdicción voluntaria".

CALAZA LÓPEZ, S.,

- “Los procesos sobre la capacidad de las personas”, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.
- “La protección del menor en el proceso judicial de prodigalidad”, Revista sobre la infancia y la adolescencia (REINAD) nº1, Ed. Universitat Politècnica de Valencia, 2011.
- “El proceso de prodigalidad: Una nueva concepción como reto de la justicia civil ante la sociedad globalizada”, en “Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada”, Universidad de La Coruña, 2012.
- “Los procesos de restitución o retorno en los supuestos de sustracción internacional de menores”, Ed. La Ley, Madrid, 2015.
- “La tutela del *superior interés del menor* en el proceso judicial”, Revista de Derecho de Familia, ISSN 2341-0566, La Ley, Madrid, 2015.
- “La tutela del *superior interés del menor* en el proceso judicial”, Revista de Derecho de Familia, ISSN 2341-0566, La Ley, Madrid, 2015.
- “Un inconveniente trasvase de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa en los conflictos de sustracción internacional de menores”, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 907, 4 de junio de 2015.
- “El nuevo régimen jurídico de la Sustracción Internacional de Menores”, Diario La Ley nº 8564 (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía), 18 de junio de 2015.
- “Proceso para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”, Revista General de Derecho Procesal de IUSTEL nº 36, junio, 2015.
- “Cuatro procesos entrecruzados en la constitución judicial de la adopción de menores. Un auténtico calvario procesal irresuelto en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, La Ley Derecho de Familia, Ed. La Ley, Madrid, 19 de mayo de 2015.
- “El nuevo proceso de filiación por adopción”, en “Nuevos horizontes del Derecho procesal”, Ed. Bosch, 2016.
- “Comentario al proceso de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional de menores”, en “Comentarios a la

Ley de Jurisdicción Voluntaria”, dirigidos por el Prof. Fernández de Buján, Ed. Civitas, Madrid, 2016.

- “Dos Jurisdicciones implicadas en la resolución de los desplazamientos y retenciones ilícitos transfronterizos de menores”, La Ley Derecho de Familia, Ed. La Ley, 2016.
- “Dame más Jurisdicción voluntaria de menores”, en “Los menores en el Derecho procesal y la Jurisdicción Voluntaria”, Práctica de Tribunales nº 124, Ed. Wolters Kluwer La Ley, ISSN 1697-7068, enero-febrero 2017.
- “Jurisdicción contenciosa y Jurisdicción Voluntaria. Racionalización del proceso civil a la luz del principio de oportunidad”, en “Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?”, dirigido por JIMENEZ CONDE, F., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2019.

CALVO GUERRA, M.R., “Intervención del Ministerio Fiscal en los Centros de Acogida para Menores con graves problemas de conducta”, Diario La Ley nº 9293, noviembre, 2018.

CASADO CASADO, B., “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, Diario La Ley nº9177, 2018.

DÍAZ SOLÍS, A., “Divergencias en el ejercicio de la patria potestad, en especial la autorización para el cambio de domicilio del menor”, Diario La Ley nº 9186, 2018.

DOLZ LAGO, M.J., “El nuevo paradigma de la discapacidad, de la tutela al apoyo”, Diario La Ley nº 9413, 2019.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.,

- “Jurisdicción Voluntaria”, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la Jurisdicción contenciosa”, Actualidad Civil, nº 36, 2001.
- “La Jurisdicción Voluntaria. El anteproyecto de junio de 2006, El Notario del siglo XXI, nº 8, Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2006.

- “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2006 (I)”, RJE La Ley, nº 6599, 27 de noviembre de 2006.
- “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2006 (II)”, RJE La Ley, nº 6600, 28 de noviembre de 2006.
- “Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria I”, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.
- “Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria II”, Ed. IUSTEL, Madrid, 2008.
- “La Jurisdicción Voluntaria: En busca del tiempo perdido”, *Revista Jurídica Registradores*, Madrid, enero de 2008.
- “Jurisdicción Voluntaria: rectificar es de sabios”, en *El Notario del siglo XXI*, nº 31, mayo-junio 2010.
- “Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 79, julio-septiembre 2011.
- “La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores”, *Diario La Ley* nº 7866, 25 de mayo de 2012.
- “Operadores jurídicos competentes en Jurisdicción Voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, *Estudios en Homenaje al Prof. Juan Manuel Barquero*, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, RJUAM, 2013.
- “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, *Diario La Ley* nº 8273, 18 de marzo de 2014.
- “A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 17 de abril de 2014.
- “Misteriosa. Heterogénea. Fascinante Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 890/2014.
- “Reforma de la Jurisdicción Voluntaria”, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- “La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el umbral de su aprobación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 908/2015.

- “La Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria: autonomía conceptual y notas caracterizadoras”, en “La Jurisdicción Voluntaria: una apuesta por la eficacia”, Dykinson, 2015.
- “La Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, es quizá la novedad más destacada de la X Legislatura en materia de Justicia”, Actualidad Jurídica Aranzadi 923/2016.
- “Previsión de la oposición en el art. 17.3 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2016.
- “El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en sede parlamentaria. Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa”, Ed. Aranzadi, 2015.
- “Régimen jurídico de la oposición en el marco de la Jurisdicción Voluntaria”, Diario La Ley nº 8496, 9 de marzo de 2015.
- “La nueva concepción de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley 15/2015”, en “Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción Voluntaria”, Ed. Aranzadi, 2016.

FUERTES ROCAÑÍN, J.C.; RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.; FUERTES IGLESIAS, C; y NARANJO RODRÍGUEZ, J., “Necesidad de regulación legal del tratamiento ambulatorio involuntario en pacientes psiquiátricos”, Diario La Ley nº 9123, 2018.

HERNÁNDEZ CABALLERO, M.J., quién se lamenta de la “oportunidad perdida”, “La guarda de hecho en el panorama tuitivo de las personas con discapacidad”, Diario La Ley nº 8991, 2017.

JORDÁ CAPITÁN, E., “La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria y por la proyectada ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil 9/2015.

NIEVA FENOLL, J., “Comentario al artículo 5 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en “Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria”, dirigidos por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

PERAMATO MARTÍN, T., “Matrimonio infantil, precoz y forzado (1ª parte)”, Diario La Ley nº 8965, 2017.

PÉREZ GALVÁN, M., "La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia", Diario La Ley n° 8866, 2016.

SÁNCHEZ GÓMEZ, R., "La naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria según la delimitación prevista en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria", Diario La Ley n° 8623.

CONTRIBUCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A LA CALIDAD NORMATIVA

Julia Carceller Stella
(Universitat Jaume I de Castellón)

Sumario: I. LA CENTRALIDAD Y RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN EMANADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA LA CALIDAD NORMATIVA. II. CUALIFICACIÓN Y ESPECIFICIDAD DE LOS DATOS; UNA CONTRIBUCIÓN ESENCIAL PARA LOS PROCESOS DE CREACIÓN Y MODIFICACIÓN NORMATIVA. III. CONCLUSIONES.

I. LA CENTRALIDAD Y RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN EMANADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA LA CALIDAD NORMATIVA

Las políticas de mejora de la regulación impulsadas por la EU o la OCDE contemplan la regulación en un sentido amplio, afectando directamente al sistema de fuentes jurídicas. La preocupación por la calidad de las normas y del conjunto del sistema jurídico está en el origen de las mismas; respondiendo a un contexto de superproducción, hiperinflación normativa, inseguridad jurídica¹, crisis de la ley² y desbordamiento del sistema de fuentes³. A través de estas políticas se han desarrollado una serie de instrumentos o procedimientos que pretenden reforzar la legitimidad de la decisión pública entre cuyos productos resultantes está la norma⁴ jurídica. Uno de sus elementos que adquiere cada vez más relevancia

¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y PAU PEDRÓN, A. (Coords). La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

² LAPORTA SAN MIGUEL, F. J. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.

³ PÉREZ LUÑO, A. E. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011.

⁴ CASADO CASADO, L. “La mejora regulatoria en España: los nuevos principios que informan el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las administraciones públicas”, en *A&C Revista de Derecho ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL*, Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar, v. 17, n. 67, 2017. Disponible en: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/473>

es el uso del análisis de impacto normativo en el que se pretende que confluya toda la información y el conocimiento relevante para servir de apoyo a la toma de la decisión política, favoreciendo la calidad de la norma en sí. Calidad que podría ser descrita, en términos materiales⁵, como la capacidad de la misma para cumplir con los objetivos políticos. Los fines de la norma son múltiples y, entre otros, pueden ser definidos en términos valorativos o efectos de cambio social.

Podríamos decir, de alguna manera, que una norma es buena o mejor a la anterior en la medida en que ésta contribuye a alcanzar los fines que pretende tanto en su creación como por su modificación. Y sin además provocar perjuicios sobre otras esferas o campos de regulación, pues debemos recordar que los efectos son múltiples y variados y muchos de ellos pueden ser colaterales, conexos y poco previsibles de antemano. Pero existe precisamente un ámbito donde primero y de manera directa se manifiestan sus impactos, relacionados entre sí sobre conflictos casuísticos: y es justamente en el jurídico y el sistema jurisdiccional que los afronta y trata de resolverlos.

Los análisis de impacto normativo, como estudios previos de la elaboración, favorecen una aproximación de la norma a la realidad sobre la que la misma se proyecta y provoca sus efectos. Y supone un punto de partida indispensable para evaluar o analizar sus resultados *a posteriori*. Son uno de los principales instrumentos y brazos de las políticas de mejora de la regulación y sobre ellos se pretende reforzar la base de conocimiento e información para la decisión normativa.

Para ello, las memorias de impacto prevén especialmente un apartado de contenido y análisis jurídico que *"incluirá una referencia a su engarce con el derecho nacional y de la Unión Europea y contendrá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la misma"*⁶. Sin embargo, su engarce en el ordenamiento jurídico y los ajustes para la coherencia como sistema se hallan ya previstos en el propio funcionamiento

⁵ MARCOS, F. "Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 179, mayo-agosto (2009), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 333-365.

⁶ Artículo 2.1 apartado b del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

del sistema jurídico. Y constituyen la forma tradicional de mejorar la calidad desde la perspectiva de la coherencia sistémica. Cualquier norma modificada o nueva produce efectos sobre el conjunto del sistema y sus elementos pero muchas veces la previsión de normas afectadas no se manifiesta hasta que no se vinculan a situaciones de hecho cuyo problema adquiere entidad ante los órganos judiciales. En cuya aplicación de preceptos se precisa la interpretación de las mismas y su concreta adecuación al ordenamiento.

Es por ello que toda la información contenida en los mismos, y no solo la jurídica, adquiere cada vez mayor relevancia y es precisamente la menos tenida en cuenta de manera tradicional. Y en la que las contribuciones del sistema judicial podría tener grandes aportaciones.

Este argumento se encuentra en línea con la preocupación por la calidad normativa que va más allá y abarca nuevo interés y cuidado de contenidos, en términos de calidad material, previendo todos los posibles efectos sobre esa realidad que pretende modificar, en el marco del desarrollo de una ciencia de la legislación renovada⁷. Y en los que el conflicto en sede jurisdiccional podría aportar enormes pistas.

Si intentamos abstraer la cuestión, entre las funciones intrínsecas de toda norma jurídica se encuentra la de resolver conflictos siendo por tanto, a efectos de valorar el cumplimiento de sus fines, muy relevante determinar tal extremo. Al dirimirse la mayor parte de los mismos en sede judicial como sistema institucionalizado para ello, la Administración de Justicia obtiene o tiene capacidades para obtener una cantidad enorme de información y conocimiento no solo sobre el propio conflicto en sí, sino también sobre las incidencias o presencia de las normas en su resolución o su asociación a los índices de litigiosidad.

Todo esto, teniendo en cuenta que la informatización de algunos trámites procesales permite la obtención automática de datos actualizados y completos sin requerir de mayores esfuerzos de recogida o sistematización por parte de los agentes o sujetos que trabajan en la Administración de Justicia. Es decir, muchos de estos datos existen ya pues surgen de manera automática de los sistemas de

⁷ MARCILLA CÓRDOBA, G. Racionalidad Legislativa. Crisis de la Ley y nueva ciencia de la Legislación, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

tramitación procesal (por ejemplo Lexnet) pero su explotación es muy escasa. El tratamiento estadístico de datos por parte del CGPJ es un ejemplo rudimentario de aprovechamiento⁸ y esencialmente centrado en el propio sistema, su funcionamiento y organización.

Las grandes dificultades pero a la vez grandes potencialidades, se encuentran en la planificación de un diseño previo de la bases de datos sobre la base de una reflexión detenida y sistematizada de la información que se recoge. No es más que poner cierto orden o sistema de preferencias en todos aquellos datos que de manera instantánea y automatizada va produciendo el propio sistema. Un orden que solo es capaz de organizar con cierta coherencia alguien que sea conocedor a la vez de la concreta realidad temática que se aborda con la norma jurídica, así como del sistema jurídico y sus mecanismos que tratan o han tratado de ponerle concierto y/o influir en ella. Por ello son precisamente los operadores y agentes de la administración de justicia, presentes y más conocedores de la concreta aplicación de la norma, un escalón esencial a la hora de configurar de antemano estas estructuras de sistematización de información. Ocupando un lugar privilegiado para determinar la capacidad de las normas en el cumplimiento de sus propios objetivos y con grandes capacidades para identificar elementos de distorsión para ello. Y todo en base a la posición única que les proporciona la Administración de Justicia posibilitando esa conexión especial y cualificada entre la realidad social y la realidad jurídica.

II. CUALIFICACIÓN Y ESPECIFICIDAD DE LOS DATOS; UNA CONTRIBUCIÓN ESENCIAL PARA LOS PROCESOS DE CREACIÓN Y MODIFICACIÓN NORMATIVA

La información y el conocimiento en los procesos de producción o modificación y evaluación normativa suponen una premisa y elemento esencial para contribuir a la calidad de las normas. Ejercer estas funciones al margen de una mínima indagación o investigación que genere entendimiento de la realidad es

⁸ Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, `Situación actual de la Administración de Justicia en España: un análisis desde el Derecho Procesal, Informe sobre los datos de la estadística judicial y los datos generales sobre “panorámica de la Justicia” contenidos en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial, 2013. Disponible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/07/Informe-datos-estadisticos-CGAE-UAM-1.pdf>

en nuestros días una temeridad. El contexto de complejidad e incertidumbre marcan la imperiosa necesidad de actuación intentando reducir riesgos y previendo posibles efectos adversos de antemano que afecten directamente a la eficacia y eficiencia del sistema en un entorno de recursos escasos. Pero a la vez también ante la creciente necesidad de optimizar los recursos existentes y en funcionamiento ante nuevas necesidades y retos compartidos y rápidamente cambiantes que exigen una cultura de mejora continua y dinámica.

Intentar prever los posibles impactos futuros de las normas así como para evaluar los efectos que estas producen a posteriori es una tarea muy compleja. Tanto, que éste es uno de los grandes argumentos y críticas a los mecanismos de análisis de impacto como herramientas de pronóstico *ex ante*⁹; identificándolos como ilusoria “bola de cristal”. Pero que entrañe dificultades no significa que no pueda contribuir a acercarse de alguna manera a alcanzar esa calidad. Desde luego no hacerlo no parece la mejor solución. Y ninguna objeción plantea la evaluación de los efectos a posteriori cuya exigencia es cada vez más demandada¹⁰.

Los datos recogidos en un primer momento son la única base sobre la que poder hacer algún tipo de diagnóstico en relación con la situación de partida y las previsiones de cambio que pretende la norma. Pero además, el único apoyo para realizar tras su funcionamiento un examen de los impactos producidos. Impactos y efectos múltiples y variados de las normas que tienen en el propio sistema jurídico consecuencias específicas y propias y/o que se manifiestan de manera evidente a través de la Administración de justicia en el momento de aplicación de la norma. Y es que es precisamente en ese momento de aplicación, y durante la gestión del conflicto a través del proceso judicial, donde confluyen las dos realidades, también la externa al sistema jurídico. Esta conjunción no puede mas que identificarse como un momento excepcional para la comprensión del fenómeno complejo. Cuyo conocimiento encuentra en los operadores jurídicos, que en él y a través de él se desenvuelven, observadores cualificados para

⁹ RENDA, A. Impact Assessment in the EU: The State of the Art and the Art of the State, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2006.

¹⁰ PRIETO ROMERO, C. “La planificación y la evaluación normativa en la ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2018. Disponible en: <http://www.madrid.org/revistajuridica/index.php/articulos-doctrinales/119-el-derecho-de-admision-desde-la-perspectiva-de-la-seguridad-ciudadana-y-el-orden-publicol-ejercicio-de-la-accion-popular-por-las-personas-juridico-publicas-5>

realizar la relación correcta del fenómeno jurídico con el correlativo fenómeno social¹¹. La traducción y engarce entre ambos resultan esenciales para comprender la incidencia real de las normas sobre su contexto, es decir, las mediciones de los efectos por ellas producidas requieren de una clara conceptualización y definición de los datos observados. Una información que requiere de los ojos y saber del jurista para entender el vínculo.

Por ejemplo, el significado jurídico y técnico de un tipo penal, como el "hurto", se materializa en una serie de acontecimientos y hechos que en torno al mismo adquieren relevancia y significación jurídica y que tienen reflejo de alguna manera en los procedimientos judiciales, en la aplicación e interpretación del tipo tras el cual se encuentra la protección de un derecho o bien real que el sistema pretende amparar. Ver la realidad desde estas dos partes y perspectivas permite identificar los hechos influyentes y relevantes sobre los que la norma interactúa o deja equivocadamente al margen. Esta es la información importante ya seleccionada y específica que permitiría nutrir unos análisis de impacto que aporten evidencias y datos objetivos para el decisor político con el fin de que pueda contar con un mayor y mejor conocimiento de la realidad compleja sobre la que actúa y ejerce sus funciones.

III. CONCLUSIONES

La actual informatización de muchos de los procesos que se realizan en el desarrollo de las tareas jurisdiccionales ofrece, como hemos dicho, grandes posibilidades para la obtención de información y la ocasión de obtener grandes fuentes de datos para su tratamiento cuantitativo estadístico y posterior análisis cualitativo. Pero la información que sobre una norma pueden generar los nuevos sistemas de informatización procesal se encuentran todavía hoy poco explotado. No solo para evaluar la eficiencia en la propia Administración de justicia sino cómo valioso recurso en los procesos de creación y cambio normativo; como fuente de información y conocimiento para los decisores públicos. Éstos podrían encontrar en ellos un soporte férreo sobre el que fundamentar sus decisiones atendiendo a sus objetivos que van más allá del correcto funcionamiento del

¹¹ AYMERICH OJEA, I. "La integración de normas, principios y estadísticas en la argumentación jurídica" en Anuario de Filosofía del Derecho, nº 27, 2011, pp. 13-35.

sistema legal sino utilizando este como herramienta de cambio social y método de convivencia social.

La obtención de los datos es ya una realidad, pero su correcto aprovechamiento es inviable sin una sistematización. La ordenación requiere de una profunda reflexión previa en la que es indispensable la condición y posicionamiento doble, el conocedor de la realidad jurídica y la realidad social. Destacando en este sentido la posición de los implicados en los procedimientos judiciales para la contribución cualificada y específica en esa labor.

Las aportaciones deben preverse ya desde un primer momento en los diseños de las bases de datos siendo necesaria la voluntad de hacerlo desde estadios tempranos facilitando los cauces para esta participación. Lo que permitiría y facilitaría el análisis posterior de esos datos que debería tener reflejo y plasmarse en los informes de impacto *ex ante* y en las evaluaciones normativas *ex post*.

Para todo ello sería necesario diseñar procedimientos y cauces estables que permitieran realizar estas aportaciones para los procesos de producción y creación normativa. O, cuanto menos, potenciar medidas de colaboración con este objetivo entre la administración de justicia y sus órganos de gobierno con los órganos encargados de elaborar las propuestas y los poderes públicos encargados y legitimados para aprobarlas. Se contribuiría con ello sin duda a mejorar materialmente los contenidos pese a las dificultades antes señaladas.

Recordemos que ya la previsión y exteriorización sobre los posibles efectos la norma, la información relevante del contexto o la fijación explícita de sus objetivos (todo esto contenido de las memorias de análisis de impacto) contribuyen en gran medida a la transparencia y posible fiscalización de la decisión política, favoreciendo la limitación de la arbitrariedad de los poderes públicos, y, beneficiando decisiones participativas y evaluables en parámetros de eficacia y eficiencia determinantes hoy en términos de legitimidad.

Bibliografía

- AYMERICH OJEA, I. "La integración de normas, principios y estadísticas en la argumentación jurídica" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 27, 2011, pp. 13-35.
- CASADO CASADO, L. "La mejora regulatoria en España: los nuevos principios que informan el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las administraciones públicas", en *A&C Revista de Derecho ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL*, Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, v. 17, n. 67, 2017. Disponible en: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/473>
- LAPORTA SAN MIGUEL, F. J. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- MARCILLA CÓRDOBA, G. *Racionalidad Legislativa. Crisis de la Ley y nueva ciencia de la Legislación*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- MARCOS, F. "Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 179, mayo-agosto (2009), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 333-365.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y PAU PEDRÓN A. (Coords), *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011.
- PRIETO ROMERO, C. "La planificación y la evaluación normativa en la ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas", en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2018. Disponible en: <http://www.madrid.org/revistajuridica/index.php/articulos-doctrinales/119-el-derecho-de-admision-desde-la-perspectiva-de-la-seguridad-ciudadana-y-el-orden-publico-col-ejercicio-de-la-accion-popular-por-las-personas-juridico-publicas-5>
- RENDA, A. *Impact Assessment in the EU: The State of the Art and the Art of the State*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2006.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

Ana María Chocrón Giráldez

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA POTESTAD JURISDICCIONAL: CONCEPTO Y CONTENIDO. III. LA LEGITIMIDAD DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL. IV. JURISDICCIÓN Y CONSTITUCIÓN. 1. La independencia judicial. 2. El régimen de responsabilidad judicial. 3. La inamovilidad. 4. El sometimiento de los jueces y magistrados al imperio de la ley. V. LA PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL JUEZ Y LAS MEDIDAS DE REFUERZO JUDICIAL.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 reserva en exclusiva para los jueces y magistrados la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ningún otro órgano o institución está llamado a desempeñar tan alta función lo que significa que los tribunales de justicia no están sujetos a órdenes, instrucciones o indicaciones de otro poder público, especialmente del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. La separación de poderes se configura por consiguiente como un valor central en la construcción de un Estado de Derecho.

Pero en el caso del Poder Judicial hay otro valor imprescindible en su configuración. Se trata de la independencia judicial, núcleo esencial de la función jurisdiccional y que debe ser respetada tanto en el interior de la organización judicial como por la sociedad en general. En el ejercicio de esta función, jueces y magistrados están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley ya que resulta inasumible en cualquier país democrático que los más altos representantes de la judicatura respondan a otros intereses que no sean los que encarna estrictamente el ordenamiento jurídico. De esta forma, un juez que actuara sin independencia en el ejercicio de su función pasaría automáticamente a ser un juez sin idoneidad.

La importancia de garantizar la independencia judicial ha llevado al constituyente a proveerla de otras garantías. Es el caso de la inamovilidad o de la

predeterminación legal del juez que tienen como interés directo asegurar el cumplimiento de los fines propios de la independencia.

Sin embargo, el afianzamiento en el sistema jurídico español de los valores y principios constitucionales no obsta para que, cuando se superan los cuarenta años de vigencia de la Carta Magna, sea necesario reflexionar acerca de su efectividad y suficiencia para encarar algunos de los problemas más acuciantes de los últimos años y que centran buena parte del debate público. Ocurre así con los numerosos casos de corrupción, el preocupante interés del poder político en influir en el nombramiento de altos cargos judiciales o los desafíos secesionistas, situaciones que generan una profunda alarma social a la vez que deteriora injustamente la labor cotidiana de jueces y magistrados.

A pesar de todo, resulta innegable afirmar a lo largo de estos más de cuarenta años, España ha logrado el mayor tiempo de paz, progreso y democracia de su historia y la Constitución, como Norma Fundamental, ha contribuido decisivamente a ello consolidando nuestro país como un verdadero Estado democrático de Derecho.

II. LA POTESTAD JURISDICCIONAL: CONCEPTO Y CONTENIDO

Cuando se trata de ofrecer un concepto de jurisdicción se tropieza con la dificultad que entraña la imprecisión terminológica que tradicionalmente ha acompañado a este vocablo. Esta circunstancia ha generado, *de facto*, el empleo de distintas y muy variadas acepciones. De la jurisdicción se ha defendido su carácter relativo siendo célebres las palabras de Calamandrei en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (1962) que sostenía la imposibilidad de dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos. La teoría del jurista italiano fue mayoritariamente acogida por la doctrina española, aunque con notables excepciones que evidenciaban la importancia de establecer un concepto de jurisdicción único con independencia de sus múltiples y variadas manifestaciones¹.

¹ SERRA DOMÍNGUEZ, "La jurisdicción", en *Estudios de Derecho Procesal*, ed. Ariel, Barcelona, 1969, p. 21.

Lo equívoco del término no ha impedido, sin embargo, que puedan resaltarse algunas de las notas o características principales que históricamente se le han atribuido. Así, por un lado, se ha subrayado la idea de poder, potestad o autoridad que lleva implícita. Por otro lado, el vocablo jurisdicción ha sido utilizado también para hacer referencia a un espacio o territorio en el que se ejerce dicho poder o autoridad. En cualquier caso, un concepto de jurisdicción en el momento actual ha de encuadrarse en el marco de un Estado de Derecho y, por supuesto, en el estricto marco constitucional². En concreto, debe atenderse al artículo 117 en cuyo primer apartado señala que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial». De la misma norma interesa destacar el párrafo tercero que añade que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales».

Consecuentemente, el concepto de jurisdicción se asocia al de potestad que se reconoce exclusivamente a los órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial. La calificación de potestad no es, con todo, suficiente para individualizar la jurisdicción. Se hace preciso determinar su contenido que, conforme a la Constitución (art. 117.3) y a la LOPJ (art. 2.1), consiste esencialmente en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». En ese orden, la función jurisdiccional abarca una primera labor que supone aplicar normas jurídicas (juzgando) y, cuando sea necesario, proceder al cumplimiento coactivo de la resolución judicial (ejecutar lo juzgado). En consecuencia, la actividad jurisdiccional no se limita sin más a la declaración del derecho, sino que comprende o alcanza también su ejecución.

Por lo demás, las normas constitucionales no ofrecen lugar a dudas en cuanto a que la potestad jurisdiccional no se puede agotar en el juicio ya que está llamada a otorgar la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), y para que esto sea posible se precisa de los tribunales una actividad de ejecución forzosa. Pero junto a esa nota predominante y característica de la labor judicial, no podemos olvidar que es la propia Norma Fundamental la que introduce en el reiterado artículo 117, un apartado cuarto que atribuye funciones no juzgadoras a los órganos jurisdiccionales.

² BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, *Poder Judicial y Constitución*, ed. Bosch, Barcelona, 1987, p. 53.

a) La actividad jurisdiccional

Se trata de una temática que ha sido abordada fundamentalmente desde la posición del juez y más concretamente desde la labor que está llamado a desempeñar. En ese contexto se enmarca la tesis del denominado «silogismo judicial» que consiste básicamente en el paso de la norma general y abstracta a la situación particular y concreta³. Así las cosas, lo determinante de la actividad jurisdiccional se reduce a una pura operación lógica en la que el juez, descendiendo de lo abstracto a lo concreto, establece –partiendo de la norma general–, qué conducta debe seguirse en cada caso sometido a su decisión. Sin embargo, la complejidad de este razonamiento judicial difícilmente puede despacharse limitando la cuestión a una mera operación lógica. Ante esta evidencia, han proliferado otros planteamientos caracterizados por poner el foco de atención en la individualización de la norma aplicable al caso concreto.

En efecto, como reacción a la aplicación automática de la ley surge la idea de que el juez, al pasar de lo abstracto a lo concreto, realiza una labor añadida participando en cierta forma en la creación del derecho⁴. Asimismo, la labor creadora de la jurisdicción ha sido analizada desde la base que proporcionan determinadas normas que no prevén en todos sus extremos la consecuencia jurídica que regulan y que requieren, por consiguiente, una «reconsideración del juez ante ellas»⁵.

Ahora bien, esta actividad judicial creativa no puede prescindir de la ley o actuar al margen de ella porque, precisamente, es la sumisión del juez a la ley la que marca o fija los límites de esa actividad creadora. Tampoco hay que olvidar que el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español está encabezado por la Constitución por lo que en ese ejercicio de averiguación del significado de una norma, el juez no sólo ha de tener en cuenta su idoneidad para solucionar la controversia sino también ha de saber interpretarla conforme a los principios y valores constitucionales⁶.

³ MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 104.

⁴ MONTERO AROCA, *op. cit.*, p. 105.

⁵ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, ed. Bosch, Barcelona, 1979, p. 208.

⁶ PRIETO SANCHIS, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, ed. Palestra, Lima, 2007, p. 189.

Finalmente, hay que reseñar la fuerza intrínseca que, de ordinario, acompaña o se reconoce a las resoluciones judiciales. De esa fuerza procede el efecto de cosa juzgada en virtud del cual «se conforma la situación jurídica de acuerdo con el contenido de la sentencia»⁷. Ello se traduce, en definitiva, en un obligado acatamiento y respeto a las decisiones de los jueces, a lo dicho y hecho en el proceso, lo que refuerza la confianza de los ciudadanos en la estabilidad de las resoluciones judiciales a la vez que respalda decisivamente la seguridad jurídica garantizada por la propia Constitución (art. 9.3).

b) Funciones jurisdiccionales en garantía de derechos

La potestad jurisdiccional se extiende al desempeño de funciones no juzgadoras en los términos establecidos en el artículo 117.4 de la Constitución: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho». Se trata de un precepto redactado en sentido negativo para insistir en la nota de la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la que resultan titulares solo los juzgados y tribunales (art. 117.3). Esto no ha impedido, sin embargo, la atribución de otras funciones que no sean las limitadas estrictamente al desempeño de la potestad jurisdiccional. Aún así dicha potestad se halla sujeta a las condiciones que impone la norma constitucional, es decir, que se haga por medio de ley y que se trate de garantizar cualquier derecho. Precisamente ha sido la interpretación de la expresión «cualquier derecho» y la preocupación por acotar su significado, la nota más controvertida de este apartado. En cualquier caso, bien puede defenderse que esta norma merece ser puesta en relación con la función jurisdiccional en estricto sentido para evitar extralimitaciones judiciales y la participación de jueces en cometidos no jurisdiccionales⁸.

c) La ejecución de lo juzgado

Como antes se indicó la potestad jurisdiccional resulta comprensiva de una doble misión, esto es, juzgar y ejecutar lo juzgado conforme a lo dispuesto en

⁷ MONTERO AROCA, op. cit., p. 100.

⁸ DÍEZ PICAZO, *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1974, p. 10.

la fórmula constitucional del artículo 117.3 de la Constitución. En esa línea, la citada norma asigna a jueces y tribunales en exclusiva la ejecución de lo juzgado e impone correlativamente (art. 118 de la Constitución) la obligación de cumplir las resoluciones judiciales firmes. Por lo demás, el propio Tribunal Constitucional se encarga de recordar en sus pronunciamientos que la ejecución de lo juzgado integra el contenido de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución (SSTC 156/2002, de 23 de julio; 209/2005 de 18 de julio; 87/2006, de 27 de marzo; 11/2008, de 21 de enero). Pero, además, para la doctrina constitucional, la ejecución de lo juzgado no sólo forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial, sino que presenta una estrecha e íntima conexión con la garantía de su efectividad configurándose como su principal instrumento. Particularmente expresiva de lo dicho es la Sentencia 41/1993, de 8 de febrero al señalar que «el derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que, de lo contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían sino meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna».

III. LA LEGITIMIDAD DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

La Constitución afirma que la justicia se administra en nombre del rey –como representante del Estado–, por jueces y tribunales –órganos del estado– y que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los tribunales. Esa individualización de la actividad jurisdiccional conecta con la temática de su legitimidad, esto es, con la razón de ser de esa atribución a jueces y tribunales con exclusión de cualquier otra institución o entidad. Históricamente se han sucedido distintas tesis, distintos sistemas, que han tratado de hallar un fundamento idóneo para legitimar la actuación de la potestad jurisdiccional y con ella el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En el Estado de Derecho español esta cuestión se ha abordado desde el escenario que proporcionan los sistemas de designación del personal judicial. Dentro de este grupo se integraría el llamado sistema de «justicia popular» basado en que los miembros del Poder Judicial sean elegidos directamente por quienes detentan la soberanía, esto es, por el pueblo. En ese contexto cabe situar los denominados «jueces legos», un personal judicial que subsiste con carácter residual en la organización judicial española (art. 99 LOPJ), siendo característico en ellos que el titular de la jurisdicción no forme parte de la denominada carrera judicial.

También la institución del Jurado representa la opción de la Constitución (art. 125) por proclamar la participación ciudadana en la administración de justicia. El desarrollo legislativo de este mandato constitucional es la LO 5/1995, de 22 de mayo⁹, que trajo consigo una fuerte polémica doctrinal centrada, no tanto en la conveniencia o no de instaurar definitivamente el jurado, cuanto en el tipo de jurado que debía adoptarse. La opción del legislador español fue la del jurado puro (entre los sistemas posibles, esto es, anglosajón, mixto y escabinado)¹⁰, basado en el modelo anglosajón y compuesto por nueve ciudadanos, extraídos por sorteo del censo electoral de cada provincia a quienes se atribuye la función de dictar el veredicto. Actualmente, la institución del jurado se halla plenamente integrada en la práctica judicial española, habiendo cosechado a lo largo de sus más de veinte años de aplicación desde que se instauró, tantas críticas como alabanzas. Su elevado coste económico aglutina buena parte de éstas últimas.

Pero la legitimidad de la actividad jurisdiccional también se contempla en relación a la designación de los titulares de los órganos judiciales. En esa tarea se encuentra involucrado el Poder Ejecutivo ya que el Ministerio de Justicia, que es responsable ante el Parlamento de la nación y que goza de una indiscutible legitimidad democrática, es el que tiene atribuida esa función. En este punto debe traerse a colación un órgano de especial trascendencia en la aplicación del estatuto de jueces y magistrados en el sistema jurídico español. Nos referimos al Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del Poder Judicial previsto en la Constitución en su artículo 122.2 y que se «caracteriza por personalizar el resultado de un cierto esfuerzo histórico por extraer a la administración de justicia del ámbito del poder ejecutivo, con objeto de garantizar el ejercicio en condiciones de independencia de su función de juzgar en particular»¹¹. Uno de los aspectos más polémicos en la regulación del Consejo ha sido precisamente el de la designación de sus miembros. La premisa de partida es el artículo 122.3 de la

⁹ La última modificación de la Ley del Jurado es de 2018 y tiene que ver con la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones merced a la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

¹⁰ Téngase presente que el mandato constitucional no aportaba ninguna previsión específica sobre el modelo que debía instaurarse. Tampoco en artículo 83 de la LOPJ ofrecía mayores perspectivas limitándose a disponer que: «1. El juicio por jurado se celebrará en el ámbito de la Audiencia Provincial u otros tribunales y en la forma que establezca la ley. 2 La composición y competencia del jurado es la regulada en la Ley Orgánica del Jurado».

¹¹ ANDRES IBÁÑEZ y MOVILLA ÁLVAREZ, *El poder judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 21.

Constitución al decir que se trata de un órgano integrado por un Presidente –que lo es también del Tribunal Supremo–, y por veinte vocales, elegidos por las cámaras legislativas y nombrados por un período de cinco años. A la vista de dicho precepto queda claro que el Consejo debe tener una composición plural, resultado de combinar miembros del Poder Judicial (mayoría) con vocales provenientes del resto de profesiones jurídicas (minoritario). Sin embargo, y a diferencia de lo dispuesto para los vocales de procedencia no judicial cuya designación no ha presentado problemas en la práctica por cuanto la propia Constitución dispuso que debieran serlo por las cámaras legislativas, se suscitó la polémica respecto de los restantes doce vocales de procedencia judicial. El artículo 122.3 se limita a indicar que deben ser elegidos entre jueces y magistrados, pero esta norma ha dejado sin resolver el tema de si debían o no ser elegidos por ellos mismos. En vista de estas circunstancias la designación de vocales judiciales ha ido conociendo distintas soluciones hasta la última y vigente regulada por la LO 4/2013, de 28 de junio, que determina que sean ambas cámaras –en cuanto representantes de la soberanía popular–, las que procedan a la designación de los vocales del turno judicial de forma que «el Juez o Magistrado que desee presentar su candidatura para ser designado Vocal por el turno de origen judicial, dirigirá escrito al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en el que ponga de manifiesto su intención de ser designado Vocal. El mencionado escrito deberá ir acompañado [...] de los veinticinco avales o el aval de la Asociación judicial exigidos legalmente para su presentación como candidato» (art. 575.2 de la LOPJ).

Con todo, el sistema de nombramientos de altos cargos judiciales atraviesa en España una intensa y prolongada crisis que ha llegado incluso a poner en tela de juicio el valor que representa la separación de poderes¹². En tal situación, se impone iniciar una profunda reflexión sobre la imagen con la que el Poder Judicial debe aparecer para alcanzar el cumplimiento de los fines que le son propios en un Estado constitucional.

Pero la búsqueda de la legitimidad del Poder Judicial ha conocido también otras explicaciones fuera de los sistemas de designación del personal judicial. Así, se ha abordado esta problemática desde las exigencias de la sociedad para

¹² Buena muestra de ello es la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley Orgánica de derogación de la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, presentada y debatida en la breve XII Legislatura.

con el oficio judicial y, concretamente, centrando la atención en la resolución de los conflictos intersubjetivos y sociales mediante la aplicación del derecho objetivo. No hay que olvidar en ese sentido que la esencia del Poder Judicial entronca con la voluntad popular a través de la estricta sujeción del juez a la ley lo que dota a la función jurisdiccional de la consiguiente legitimidad¹³.

En definitiva, y a la luz de los argumentos expuestos, no debe sino concluirse que la legitimidad de la actividad jurisdiccional resulta de las propias exigencias impuestas a los órganos jurisdiccionales en su quehacer jurídico y conectan con las garantías que constitucionalmente le han sido impuestas.

IV. JURISDICCIÓN Y CONSTITUCIÓN

En la actualidad el estudio de la Jurisdicción debe abordarse desde su configuración constitucional pues, no en vano, el ejercicio de la potestad jurisdiccional se incardina en el Poder Judicial bajo los postulados de la propia Constitución (título VI) y de la LOPJ (título preliminar). Es obligado, por tanto, reconocer que la jurisdicción no puede prescindir del Poder Judicial en el que jueces y magistrados se hallan integrados. Esta identificación ha sido incluso subrayada por el propio Tribunal Constitucional al afirmar que «el Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción» (STC 108/1986, de 26 de julio). Para el logro de la función que tienen encomendada –juzgar y hacer ejecutar lo juzgado–, la Constitución ha dispuesto una serie de garantías que se contemplan en el propio artículo 117.1 y que contribuyen a dispensar una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 de la Constitución).

1. La independencia judicial

La independencia se manifiesta como un requisito indispensable y como un elemento inescindible en la configuración del Poder Judicial. Así ocurre en los regímenes de corte liberal democráticos donde la independencia es un medio necesario para conseguir dos importantes objetivos: a) asegurar la imparcialidad del juez y b) favorecer la formación de un verdadero poder judicial¹⁴.

¹³ LÓPEZ GUERRA, “Legitimidad democrática del juez” en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 1, 1997, p. 43.

¹⁴ GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, Cedam, Padua, 1981, p. 87.

La independencia judicial nace históricamente vinculada a la teoría de la separación de poderes del Estado en la que se refuerza la idea de «separación» de la función jurisdiccional residenciándola en exclusiva en los jueces y magistrados con prohibición del ejercicio de esta tarea por los otros poderes¹⁵. En esencia, esta garantía constitucional significa que los jueces no deben sufrir interferencia o perturbación alguna que pueda condicionar el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Desde esta perspectiva genérica, resulta tradicional acometer el estudio de la independencia judicial distinguiendo dos planos o vertientes: una externa, que opera frente a los demás poderes del Estado y la sociedad en general y otra interna, que atiende al funcionamiento del propio Poder Judicial¹⁶. Pues bien, en ese orden, la regulación del Poder Judicial en la Constitución, y especialmente lo concerniente a la independencia judicial, debe integrarse con las normas que en el desarrollo de la misma se encuentran en la LOPJ. Así, junto a la declaración sobre la independencia de jueces y magistrados que se contiene en su artículo 1, en los artículos 12 y 13 se encuentran diferenciadas las dos vertientes, interna y externa, a las que se ha hecho referencia.

a) El artículo 12 de la LOPJ está destinado a proclamar la independencia interna en virtud de la cual «Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial», siendo imposible que «Jueces y Tribunales (puedan) corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan» y «tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional». Se trata, pues, de la independencia judicial en cuanto al ejercicio mismo de la función jurisdiccional. La independencia del juez se concreta de este modo en la eliminación de toda subordinación jerárquica en relación con los propios órganos jurisdiccionales o de gobierno del Poder Judicial¹⁷, pues, como se dirá a continuación, el juez no puede conocer otro sometimiento más que a la Constitución y a la ley.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, p. 12.

¹⁶ DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 17.

¹⁷ SERRANO ALBERCA y ARNALDO ALCUBILLA, en Garrido F. (Dir.) *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 1856.

b) El artículo 13 de la LOPJ alude, por su parte, a la vertiente externa en virtud de la cual «todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados». Una declaración que hace pensar en una independencia absoluta que no admite fisuras ni excusas. En esa línea se inscribe también la declaración del artículo 14 de la misma norma que obliga a los jueces a denunciar toda presión que padezcan a fin de que se promueva la acción pertinente para la defensa de la independencia judicial, muy especialmente la solicitud de amparo al Consejo General del Poder Judicial. Ahora bien, para que la independencia judicial no sea una mera declaración programática sino un principio con efectivas repercusiones prácticas, se le ha reforzado con algunas previsiones legales.

En primer lugar, el artículo 122 de la Constitución establece una reserva de ley orgánica para «la determinación de la constitución, funcionamiento y gobierno de los tribunales» así como para la regulación del «estatuto jurídico de jueces y magistrados». Esta declaración se acompaña de la instauración de un órgano de gobierno propio –el ya reiterado Consejo General del Poder Judicial–, sin potestad jurisdiccional, desvinculado del resto de Poderes del Estado y llamado a asumir aquellas competencias que más decisivamente podrían ser utilizadas por el Gobierno para influir sobre los tribunales (régimen de nombramientos, ascensos, disciplina, inspección y selección de jueces y magistrados).

Además, en segundo lugar, la independencia ha de proyectarse también sobre el ciudadano como recurso para generar su confianza en el sistema judicial. Surge entonces el término «imparcialidad» estrechamente vinculado a la independencia y como nota característica que define la ausencia de interés en un asunto determinado. La imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución). Pero imparcialidad e independencia no son términos sinónimos, posiblemente complementarios pero diferentes en su enunciado y alcance. Consecuentemente, se ha asignado a la imparcialidad las notas de desinterés y neutralidad¹⁸ para describir con ellas la imagen que al ciudadano debe transmitir el juzgador, como tercero situado

¹⁸ CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 101.

por encima de las partes y cuya labor no puede ser cuestionada en relación con los intereses que se discuten en cada controversia judicial. Por eso, la imparcialidad viene referida a la idoneidad de un determinado juzgador con relación al asunto concreto que ha sido sometido a su consideración. Legalmente se mide atendiendo a una serie de situaciones específicas y constatables objetivamente concluyendo que su verificación o comprobación pueden apartar definitivamente al juez del conocimiento del asunto que inicialmente le fue atribuido (art. 228.2 de la LOPJ).

La abstención y la recusación son los dos medios que la LOPJ establece para evitar que en la resolución de un litigio intervenga un juez en el que concurren circunstancias que presumiblemente hagan pensar en su parcialidad (art. 219). Ambos casos tienen como común denominador evitar que la función jurisdiccional se ejerza por quien no se halla sometido exclusivamente al ordenamiento jurídico, sino que también pudiera ser arrastrado por condicionamientos psicológicos, personales o sociales. Para el Tribunal Constitucional las instituciones de la abstención y la recusación son garantías de la imparcialidad e independencia de los jueces que pueden considerarse incluidas implícitamente en el derecho fundamental a ser juzgado sin sufrir indefensión (SSTC 164/2008, de 15 de diciembre; 205/2013, de 5 de diciembre). Por consiguiente, la propia doctrina constitucional vincula la más significativa garantía de la jurisdicción –la independencia– con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución).

2. El régimen de responsabilidad judicial

La exigencia de responsabilidad a quienes ostentan la potestad jurisdiccional es considerada como una condición indispensable para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. De no ser así, jueces y magistrados ostentarían un poder omnímodo que redundaría negativamente en la garantía de independencia y provocaría, a su vez, el descrédito del sistema judicial. En ese sentido, como declarara la ya lejana STC 108/1986, de 26 de julio, el requerimiento de responsabilidad es el correctivo frente a cualquier actuación arbitraria de los integrantes del Poder Judicial. Así las cosas, cuando la Constitución alude a la responsabilidad judicial como garantía de la jurisdicción está apelando, en realidad, a la probidad como uno de los rasgos definitorios de la función jurisdiccional.

Buena muestra de la preocupación del legislador por esta garantía es su detallada y prolija regulación en el articulado de la LOPJ que establece distintos tipos de responsabilidad. Así, recoge la responsabilidad penal destinada a depurar los delitos cometidos por jueces y magistrados en el ejercicio de las funciones de su cargo (arts. 405 a 410 de la LOPJ), y la responsabilidad disciplinaria para los casos de faltas e incumplimientos que hayan podido cometer en el ejercicio de su función (arts. 414 a 427 de la LOPJ). No cabe olvidar tampoco la responsabilidad civil indirecta frente a la Administración por los daños y perjuicios causados por los jueces en el ejercicio de sus funciones¹⁹, lo que no excluye que la Administración pueda repetir, en vía administrativa, contra el juez o magistrado si éste ha incurrido en dolo o culpa grave.

Pero si la exacción de responsabilidad resulta acorde o proporcional al poder que se detenta, no podemos obviar que hay algunos aspectos más controvertidos asociados a la independencia judicial y al principio de separación de poderes²⁰. En esa línea es importante definir ante qué órgano se ha de dirimir la responsabilidad judicial. La LOPJ lo resuelve atendiendo al tipo de responsabilidad que se reclame. Siendo así, son los propios tribunales ordinarios los que, en función de la categoría del imputado²¹, tienen atribuida la competencia para conocer de los conflictos sobre responsabilidad penal de jueces y magistrados, distribuyéndose ésta entre la Sala especial del Tribunal Supremo (art. 61 de la LOPJ), la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 57.1 de la LOPJ) y la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 73.3 de la LOPJ). Todo ello sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pudiera imponerse al juez o magistrado (art. 415.2 de la LOPJ) por la autoridad competente para la imposición de sanciones que viene detallada en el artículo 421 de la LOPJ conforme a la gravedad de la infracción cometida.

¹⁹ La LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, suprime la tradicional responsabilidad civil directa de los jueces y magistrados aunque los ciudadanos pueden ejercer la acción de responsabilidad patrimonial frente a la administración por los daños y perjuicios causados por los jueces en el ejercicio de sus funciones.

²⁰ HERNÁNDEZ, “El cambio de paradigma en el control del Poder Judicial como institución en España. De la responsabilidad judicial a la judicial accountability”, en González, M. (Dir.) y Solanes J. (coord.), *Independencia judicial y Estado constitucional*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 134.

²¹ MONTERO AROCA, op. cit., p. 89.

3. La inamovilidad

Otra de las garantías previstas en el artículo 117.1 de la Constitución es la inamovilidad de jueces y magistrados²². Con ella se trata de salvaguardar la permanencia del juez en su función evitando que pueda ser trasladado, suspendido, separado o jubilado arbitraria o caprichosamente. Eso no impide, sin embargo, que legalmente se establezca un régimen de situaciones funcionariales dentro de la denominada carrera judicial. Pero es importante subrayar que, en todo caso, será la ley la que establezca las causas, procedimientos y garantías por la que un juez puede ser removido de sus funciones.

En nuestro ordenamiento jurídico, la LOPJ es la norma que contempla pormenorizadamente las causas que pueden provocar la suspensión de un juez o magistrado, el procedimiento para su rehabilitación, así como los casos en que procede la jubilación²³. En ese contexto legal, la inamovilidad se contempla como una salvaguarda de la independencia judicial (STC 37/2012, de 19 de marzo), pues no de otra manera puede explicarse su ubicación sistemática en el libro IV de la LOPJ y, concretamente, en el capítulo I dentro del título II que lleva como epígrafe «De la independencia judicial». Pero, además, al centrar la ley la atención en la independencia personal del juez, puede fácilmente diferenciarse entre la inamovilidad como garantía de la independencia judicial y la inamovilidad que cabe predicar de cualquier funcionario público para quien esta garantía se traduce en un derecho que tiende a racionalizar el servicio al administrado pero no su independencia.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe recordarse que el Consejo General del Poder Judicial –en cuanto supremo órgano de gobierno de jueces y magistrados–, tiene encomendadas significativas atribuciones en materia de nombramientos, constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los tribunales (arts. 560 y 561 de la LOPJ) y que, a su vez, los órganos de gobierno de juzgados y tribunales, en

²² Véase el artículo 3.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que omite la garantía de la inamovilidad al decir que: «Los jurados en el ejercicio de sus funciones actuarán con arreglo a los principios de independencia, responsabilidad y sumisión a la Ley, a los que se refiere el artículo 117 de la Constitución para los miembros del Poder Judicial». Al tratarse de jueces legos, cesarán en sus funciones cuando concluya la labor para la que fueron designados (art. 66.1), sin perjuicio de la disolución anticipada del jurado por causas legalmente previstas (art. 49).

²³ Artículos 15 y 378 a 388 de la LOPJ.

el ejercicio de sus funciones gubernativas, están subordinados al Consejo. Pero, en todo caso, la inamovilidad como garantía constitucional de la jurisdicción está llamada a impedir que el Consejo adopte o supedite sus decisiones al servicio de intereses particulares o puntuales, al margen de la legalidad, pues de esa forma se burlaría la finalidad de la inamovilidad y con ella la independencia judicial.

4. El sometimiento de los jueces y magistrados al imperio de la ley

En un sistema democrático la ley es la expresión de la voluntad popular y es por ello que constituye el marco de referencia para toda actuación judicial. Es, en suma, el ámbito en el que los tribunales deben desarrollar su función. Por esa razón, el apartado primero del artículo 117 de la Constitución no olvida añadir, entre todas las garantías de la jurisdicción, que jueces y magistrados se hallan sometidos al imperio de la ley, queriendo con ello reforzar el rechazo a toda actuación meramente arbitraria o caprichosa.

La sujeción al ordenamiento jurídico se configura así, como dogma fundamental del Estado de Derecho con el que se pone en valor la vinculación exclusiva del juez a la legalidad reduciendo al máximo su discrecionalidad²⁴. En este punto se plantea la relación entre la sumisión a la ley y la independencia como nota definitoria de la función jurisdiccional. Si indagamos en los antecedentes históricos de la sumisión a la ley, el artículo 94 de la Constitución republicana de 1931 ya indicaba que «los jueces son independientes en su función. Sólo están sometidos a la ley». De esta forma, en la tradición constitucionalista, la independencia y el sometimiento a la ley aparecen como dos características de la labor judicial estrechamente unidas, un dato que tanto la doctrina procesalista (Montero Aroca) como el Tribunal Constitucional (STC 133/1995, de 25 de septiembre) continúan poniendo de manifiesto. Por tanto, lejos de ser garantías contrapuestas o que se limiten entre sí, la sumisión a la ley se configura como un soporte para asegurar la finalidad de la independencia judicial. Por otra parte, la sujeción a la ley que impone la norma constitucional debe ser interpretada en sentido amplio y, por consiguiente, no excluye la vinculación de los jueces a la Constitución en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico que «vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y los principios constitucionales, conforme a

²⁴ SERRANO ALBERCA y ARNALDO ALCUBILLA, *op. cit.*, p. 1840.

la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» (art. 5 de la LOPJ). Y en ese mismo orden la sumisión a la ley no puede ser entendida como la vinculación a cualquier ley sino a la ley constitucional²⁵, hasta el punto que los tribunales dejarán de aplicar normas de rango inferior a ley que se opongan a la Constitución (art. 6 de la LOPJ). Igualmente, el sometimiento a la ley comprende los tratados internacionales válidamente celebrados que, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno (art. 96.1 de la Constitución).

Finalmente, en ausencia de ley, las fuentes del ordenamiento jurídico español disponen que se atienda a la costumbre y a los principios generales del Derecho (art. 1 del Código Civil). Todo ello sin perjuicio de hacer notar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes –salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 de la Constitución)–, complementa el ordenamiento jurídico y tiene, por ello, vocación de ser observada por los jueces y tribunales inferiores.

V. LA PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL JUEZ Y LAS MEDIDAS DE REFUERZO JUDICIAL

El estudio de este derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución como una manifestación o vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva pudiera, a primera vista, parecer inadecuada dado que más que a la jurisdicción, se proyecta hacia al ciudadano asegurándole que será juzgado, en su caso, por un órgano judicial de los que integran el Poder Judicial y que habrá sido creado por ley con anterioridad al supuesto concreto que debe resolver.

Sin embargo, la predeterminación legal del juez entronca directamente con la jurisdicción y supone para ésta una verdadera garantía por cuanto su propio ejercicio por órganos jurisdiccionales y la propia composición y distribución de éstos, va a responder a unas reglas generales, objetivas y abstractas, existentes antes del inicio del procedimiento. Precisamente, por su contenido, este derecho se configura, además, en garantía de la independencia judicial, rasgo que ha sido ampliamente reconocido por el Tribunal Constitucional desde tempranos

²⁵ DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 25.

pronunciamientos (por todas, SSTC 47/1983, 101/1984, 44/1985). Además, al tratarse de un derecho fundamental, su protección se garantiza a través del recurso de amparo lo que ha permitido elaborar una abundante doctrina jurisprudencial sobre sus principales manifestaciones.

En esa línea, y siguiendo una consolidada y constante jurisprudencia, la predeterminación legal del juez significa que el ordenamiento jurídico –con generalidad y anterioridad–, ha de contener los criterios competenciales que permitan precisar cuál es el juez o tribunal llamado a conocer de un asunto concreto (SSTC 68/2001, de 17 de marzo; 240/2005, de 10 de octubre, 133/2014, de 22 de julio). De igual forma, este derecho fundamental ha merecido la atención de la doctrina procesalista que le atribuye el propósito de «preservar la vigencia y efectividad del principio de legalidad en la creación, constitución, competencia y composición de los órganos jurisdiccionales con el fin de asegurar la plena independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional»²⁶.

Centrándonos en su contenido, el artículo 24.2 de la Constitución establece un presupuesto de partida –juez ordinario– al que se le añade luego el requisito de la predeterminación legal. Pero la configuración de este derecho se extiende a otros aspectos concretos que la jurisprudencia constitucional ha reunido en lo que se ha venido a denominar un «contenido dual»²⁷.

a) Una primera faceta o vertiente del contenido básico del derecho al juez legal se refiere a la determinación del órgano en sí mismo (predeterminación del juez órgano). Es decir, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 170/2000, de 26 de junio; 68/2001, de 17 de marzo; 37/2003, de 25 de febrero y ATC 77/2006, de 13 de marzo, entre otras muchas que apuntan ese dato). Consiste, en suma, en determinar en cada supuesto litigioso, cuál es el tribunal llamado a conocer del caso sobre la base de unos criterios generales de atribución competencial, lo que garantiza la inexistencia de jueces *ad hoc*.

²⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, “El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996, p. 13.

²⁷ ATC 42/1996, de 14 de febrero.

Partiendo de esas anteriores consideraciones, el derecho al juez ordinario alcanza la prohibición de los llamados tribunales de excepción (art. 117.6 de la Constitución), excluidos del sistema judicial español por cuanto están referidos a aquéllos que «puedan constituirse con infracción de las reglas de asignación de atribuciones y de competencia con el fin de que conozcan de un caso particular e individualizado o un grupo de esos casos»²⁸. Eso no contradice, como es sabido, la existencia de órganos con jurisdicción especial admitidos en la Constitución²⁹. No podía ser de otro modo si nos atenemos al tenor literal del artículo 3.1 de la LOPJ cuando, tras proclamar el principio de unidad jurisdiccional, añade, «sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos». El Tribunal de Cuentas (art. 136), el Tribunal Constitucional (arts. 159 a 165), los tribunales militares (art. 117.5) y el Jurado (art. 125), son el máximo exponente de esos tribunales especiales permitidos o creados por la propia Constitución.

Ahora bien, si este aspecto se halla plenamente consolidado, hay un punto que resulta más controvertido y que está estrechamente ligado a las reglas de la competencia. Es el referido a las normas de reparto entre órganos que tienen atribuida la misma competencia –usualmente entre las Audiencias Provinciales que están divididas en Secciones–, materia que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional queda excluida del ámbito del juez ordinario predeterminado por la ley, «pues todos ellos gozan de la misma condición legal de juez ordinario» (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre y 37/2003 de 25 de febrero). Sin embargo, la doctrina procesal ha mostrado su discrepancia con esta conclusión al entender que la institución del reparto de los negocios está sumamente cerca de la competencia y cumple la misma función de determinar qué órgano puede lícitamente juzgar un asunto dado³⁰.

La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se refiere a este tema haciéndose eco de la problemática apuntada tras la discutida doctrina constitucional. De esta manera, partiendo del carácter gubernativo que caracteriza a las normas de reparto destaca, a nuestro parecer, un dato de interés como

²⁸ GIMENO SENDRA, op. cit., p. 102.

²⁹ ESCALADA LÓPEZ, *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 421.

³⁰ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, op. cit., p. 60.

es el efecto o las consecuencias procesales que se derivan del incumplimiento de estas disposiciones. Bajo ese planteamiento declara que «el reparto acaba determinando el juez ordinario que conocerá de cada asunto» por esa razón, y aunque constitucionalmente sea admisible que esa última determinación «no haya de llevarse a cabo por inmediata aplicación de una norma con rango formal de ley», tampoco sería aceptable desde la perspectiva del derecho fundamental que se comenta, que «una sanción gubernativa fuera la única consecuencia de la inaplicación o la infracción de las normas no legales determinantes de que conozca un juez ordinario en vez de otro». Por todo ello, prevé la ley efectos procesales para una situación como la descrita: «En primer lugar que se pueda aducir y corregir la eventual infracción de la legalidad relativa al reparto de asuntos» y, en segundo lugar, cuando ese mecanismo resulte infructuoso, que puedan anularse «a instancia de parte gravada, las resoluciones dictadas por órgano que no sea el que debiera conocer según las normas de reparto».

b) En la segunda vertiente se agrupan aquellas cuestiones que se relacionan con la composición del órgano judicial o el modo en que se designan los jueces y magistrados (predeterminación del juez persona). En este aspecto resultan especialmente relevantes los procedimientos fijados o establecidos para la selección del personal judicial garanticen la independencia e imparcialidad de éstos por estar en juego la confianza que los tribunales de justicia deben inspirar en una sociedad democrática³¹. En consecuencia, se impide la alteración o modificación arbitraria de este tipo de normas para dar entrada a sujetos a los que no corresponda por ley la constitución del órgano correspondiente.

Es en esta vertiente donde cobran especial relevancia, a nuestro entender, las medidas de refuerzo judicial contempladas en el artículo 216 bis 1 de la LOPJ «cuando el excepcional retraso o la acumulación de asuntos en un determinado juzgado o tribunal» no pueda ser corregido reforzando la plantilla que integra la oficina judicial o disponiendo una exención temporal del reparto de asuntos. Lamentablemente se trata de una situación habitual en la práctica judicial española de los últimos tiempos, dada la proliferación de macrooperaciones o macrocausas de gran envergadura que se acumulan en un único juzgado y en un sólo juez. En tales circunstancias, la predeterminación legal del juez exige que la adopción

³¹ SSTC 204/1998, de 29 de septiembre; 105/2001, de 4 de mayo; 39/2004, de 22 de marzo; 178/2014, de 3 de noviembre.

de medidas transitorias de refuerzo de un órgano jurisdiccional esté plenamente justificada, decretas por los cauces legales y con fundamento en el citado artículo 216 bis. Sobre la base de dicha norma, la función de refuerzo ha de ofrecerse en primer lugar a los jueces ordinarios –jueces y magistrados titulares de otros órganos judiciales– mediante el régimen de comisión de servicio. A todo ello hay que añadir que la reforma de la LOPJ por la LO 4/2018, de 28 de diciembre, atribuye también funciones de refuerzo a los llamados Jueces de adscripción territorial si bien como una función excepcional, de carácter residual, como reconoce el artículo 347 bis apartado segundo en su actual redacción. De igual forma hay que mencionar la figura del juez de apoyo del artículo 216 bis 1 apartado tercero, un recurso ideado para la instrucción de causas complejas (DA 21ª LOPJ) y cuyo nombramiento puede recaer, por este orden, en jueces en expectativa de destino, jueces que estén desarrollando prácticas, los citados jueces de adscripción territorial y excepcionalmente jueces sustitutos y magistrados suplentes.

Así las cosas, la concurrencia de distintas figuras con una misma base común –realizar funciones de refuerzo judicial– exige poner especial empeño en precisar con absoluta claridad no sólo la autoridad judicial a quien compete la aprobación del nombramiento, sino también el régimen al que va a quedar sujeto el personal adjudicatario de la plaza con el fin de excluir cualquier sospecha de parcialidad que cuestione el derecho al juez legal y avale una eventual solicitud de nulidad de actuaciones.

INSTRUMENTOS PROCESALES PARA LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Gonzalo M. Cobo de la Torre
Profesor de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Frente a la denominada "edad dorada de la víctima", en la que la venganza privada era la manera habitual de solucionar los conflictos entre agresor y ofendido, la aparición del estado moderno y, la desprivatización del derecho penal, suponen una clara neutralización de las víctimas contribuyendo a ello también los siguientes factores, el desarrollo de la idea de bien jurídico, la evolución de los fines de la pena, con mayor predominio de un fin preventivo-especial y, pasando el delincuente a un primer plano, la consagración de los derechos humanos en los respectivos ordenamientos jurídicos.

Fruto de estos factores el desamparo de la víctima sería la percepción más extendida, habiendo contribuido a ello los desgraciados hechos ocurridos con ejemplos como el de la adolescente Marta del Castillo o el posterior, en Huelva, de Laura Luermo, generan en la opinión pública la impresión de que las leyes amparan más los delincuentes que a la sociedad. Esta opinión generalizada, apoyada por el 66% de los ciudadanos acerca de que la justicia protege más los delincuentes que a las víctimas, puede tener su justificación en la existencia de un sistema de ejecución penal en el que todas las actuaciones tiene como único destinatario el autor del delito, dejando en un segundo plano el daño ocasionado a la víctima, al primar exclusivamente la idea de reinserción del sujeto autor del mismo.

En la actualidad sin embargo y, desde la década los cincuenta del pasado siglo, se observa una clara tendencia a recuperar la importancia de la víctima como tal y, a explicar la posterior consolidación de la victimología como parte

integrada e integradora de la víctima, definiéndola a la luz de la actual doctrina “como el conjunto de personas naturales y jurídicas que directa y/o indirectamente sufren daño notable como consecuencia de una infracción”.

Las reformas procesales iniciadas en el año 2002, con motivo de la implantación de los denominados juicios rápidos vinieron a perseguir entre otros la finalidad de otorgar una respuesta más inmediata a la víctima, no lastrada por el endémico problema de la lentitud que afecta a la administración de justicia. La Ley 38/2002, de 24 de Octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas –hoy delitos leves–, y de modificación del procedimiento abreviado –acompañada por la reforma complementaria que opera la LO 8/2002, de la misma fecha–, vienen a representar una de las principales reformas procesales acometidas por el Legislador en los últimos veinte años, seguida después por las reformas habidas en materia de prisión provisional –LO 13/2003, de 24 de Octubre– y, Medidas de Protección sobre Violencia Doméstica –Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección, LO 11/2003, de 29 de Septiembre, sobre medidas de protección entre otras en este ámbito, LO 1/2004, de 28 de Diciembre de Medidas Protección Integral contra la Violencia de Género–, la Ley 123/2007, de 26 de Noviembre de Medidas de Prevención y Protección integral contra la violencia de género de la Junta de Andalucía (publicada en el BOE de 13 de Febrero) y el conjunto de reformas legales publicadas a lo largo del año 2015 desde la ley orgánica 1/2015 de reforma del código penal, hasta la ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la víctima del delito, la ley orgánica 5/2015, de 27 de abril de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para transposición de la directiva sobre el derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales; y el RD 1109/2015 de 11 de diciembre que desarrolla la ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito y regula las oficinas de asistencia a las víctimas del delito.

De esta forma, el conjunto de reformas enumeradas vienen a operar una importante transformación en el panorama del proceso penal y, frente a la casi obligada prolongada tramitación, representada por el Procedimiento abreviado y, el Sumario Ordinario se ofrece la ventaja que representa la posibilidad de incoar las llamadas Diligencias Urgentes en los supuestos en que concurren los requisitos establecidos por el art. 795 LECRIM a tenor del cual “1. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en

este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

1ª Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

2ª Que se trate de alguno de los siguientes delitos: a) delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el art. 173.2 CP. b) delitos de hurto. c) delitos de robo. d) delitos de hurto y robo de uso de vehículos. e) delitos contra la seguridad del tráfico. f) delitos de daños referidos en el art. 263 CP. g) delitos contra la salud pública previstos en el art. 368, inciso segundo, CP. h) delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270, 273, 274 y 275 CP.

3ª Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla”.

Con todo ello y, concurriendo los requisitos que resultan de la regulación anterior: pena aplicable dentro de los límites reseñados; inicio mediante atestado policial; citación o puesta a disposición del imputado; comisión flagrante en el sentido expresado; delitos de los previstos; e instrucción presumiblemente sencilla, la incoación de diligencias urgentes permite dotar a la instrucción de la

causa de una celeridad antes desconocida, con una tramitación en unas horas, frente a la alternativa de meses de instrucción del procedimiento ordinario y ofreciendo la posibilidad de dictar sentencia de condena iniciando la ejecución desde el juzgado de guardia –en caso de conformidad– o, al menos, permitir el señalamiento inmediato ante el juzgado de lo penal, dejando todas las partes citadas desde el juzgado de guardia, con adecuada adopción de las medidas cautelares que hubieran sido necesarias.

De igual modo, la otra novedad representada por la regulación referida vino representada por los Juicios Inmediatos (los inicialmente nombrados juicios inmediatos de faltas, hoy denominados juicios inmediatos de delitos leves) en los que las citaciones deben venir hechas por las fuerzas policiales o efectuarse el señalamiento por el propio Juzgado y, celebrarse dentro del período de guardia o, en su caso, el día saliente de la misma dependiendo también de la existencia de períodos de guardia de 24 horas o semanales según los Partidos Judiciales.

Tanto unos como otros exigen, desde luego, una cercana colaboración por parte de las fuerzas de orden público sin cuya efectiva intervención en la práctica de citaciones y diligencias derivadas no resulta posible llevar a efecto los procedimientos mencionados. En la práctica lo cierto es que, dependiendo del criterio jurisdiccional más o menos proclive a la inmediatez, en ocasiones se opta por incoar atestados que tienen su entrada como asuntos ordinarios con la forma de juicios rápidos o juicios de delitos leves inmediatos practicándose las correspondientes citaciones a instancias del propio Juzgado.

El art. 11 de la Ley 4/2015 del Estatuto Jurídico de la Víctima, reconoce los derechos al ejercicio de la acción penal y acción civil conforme a la LECRIM, además a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos. Añade el art. 12 el derecho de la víctima a recurrir la resolución de sobreseimiento, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso. El derecho de información que a la víctima confiere el artículo 5 abarca también la fase de ejecución en el proceso penal con la posibilidad de recurrir las resoluciones que se dicten en materia de ejecución, incluidos los autos por los que el juez de vigilancia penitenciaria autorice la posible clasificación en tercer grado del penado, autos en materia de beneficios penitenciarios, y autos de concesión de la libertad condicional. Las víctimas estarán también legitimadas

para solicitar que se impongan acompañando a la libertad condicional las medidas que se consideren necesarias para garantizar su seguridad; exigir al juez o tribunal la información relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, efectividad de responsabilidades civiles o comiso acordado en sentencia.

II. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN LOS JUICIOS RÁPIDOS

1. La citación e instrucción del perjudicado como diligencia imprescindible

El art. 797 LECRIM, dispone cuál es el contenido de la instrucción judicial en el enjuiciamiento rápido, precepto que debe entenderse complementado supletoriamente –art. 795.4º– por lo prevenido para la instrucción del procedimiento abreviado, esto es, para las diligencias previas arts. 774 a 779 LECRIM.

En el primer inciso del precepto ya se hace advertencia que el catálogo de diligencias que se contemplan en el precepto ni responden a un orden preceptivo ni constituyen un catálogo *numerus clausus*.

Entre tales diligencias obligatorias figuran la información de derechos al perjudicado y/o la víctima citándolos al efecto si no se hubiera cumplimentado por la Policía Judicial dicha obligación conforme al art. 771 LECRIM. (A estos efectos debe tenerse en cuenta la importancia de requerir al perjudicado, desde un primer momento, cuando de reclamar daños materiales se trata, acerca de la aportación de una factura o presupuesto en orden a facilitar su tasación durante el servicio de guardia o, aportación asimismo de toda la documentación médica que obre en su poder para facilitar la labor del médico forense).

De esta forma, se desprenden también la necesidad de practicar como diligencias necesarias, en ocasiones, recabar informes periciales no recibidos y solicitados por la Policía Judicial, el examen por el Médico Forense a presencia judicial de los comparecientes si fuera pertinente y proporcionado, y tasación de bienes y efectos intervenidos si no se hubiera realizado con anterioridad.

En suma, la víctima en un juicio rápido, tiene derecho a personarse como parte perjudicada en el procedimiento que se va a seguir contra el acusado, derecho a designar un abogado para que ejercite en su nombre la acusación particular contra

el denunciado, derecho a designar un abogado de oficio en el supuesto de que tenga reconocida la justicia gratuita, si se personó como acusación del procedimiento penal tendrá derecho a conocer y obtener copia de todas las actuaciones, y practicar diligencias de prueba y cualquier otra, que a su derecho interese, derecho a reclamar la indemnización que corresponda por daños y perjuicios conforme al artículo 109 LECRIM, derecho a ser informado de la fecha de celebración del juicio y de las resoluciones que pongan fin al procedimiento.

De igual modo, la víctima estará obligada a acudir cuantas veces sea llamado por la policía o al juzgado para declarar tanto las diligencias que se practiquen como en la celebración de juicio, o en caso de citación por el ministerio fiscal o cualquiera de las defensas de los acusados –si se negase a comparecer a presencia judicial podría darse el caso de imposición de una multa incluso incurrir en responsabilidades penales (obstrucción a la justicia o desobediencia grave)–, debe en definitiva estar localizable y designar un domicilio para las citaciones y comparecencias urgentes por lo que debe estar pendiente de dichas citaciones (debe no obstante tener en cuenta la conveniencia de que no figure el domicilio de la víctima en actuaciones penales en determinados casos, precisamente, en aras de la protección de la misma).

2. Actuación de la representación legal de la víctima en las diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia

Aunque el legislador sólo habla de la participación activa del Ministerio Fiscal, lo lógico es que ya que el Letrado puede estar presente desde la primera instrucción de derechos o comparecencia en el Juzgado de Guardia, todas las pruebas que se practiquen deben estar sometidas a contradicción entre las partes, y no sólo aquellas que se practiquen ante la imposibilidad o riesgo de que no se practiquen en el acto del Juicio oral, es por ello defendible que la contradicción sea exigible en todas las pruebas y no sólo en los supuestos que establece el art. 798.2 LECRIM.

Añadir a este respecto que, en Andalucía el reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita de Andalucía, que sustituye al que estaba vigente desde 1999, entre otras novedades, permite a las víctimas de violencia de género el acceso a una segunda opinión jurídica si no están conformes con la estrategia procesal planteada inicialmente. Para estas personas, el texto también posibilita la libre elección del abogado del turno de oficio especializado.

3. Ausencia de conformidad en la responsabilidad civil: efectos sobre la pena conformada

La Circular 1/2003 de la FGE establece que, "La no conformidad con la responsabilidad civil de algún acusado o de algún responsable civil en los términos establecidos en los arts. 695 y 700 LECRIM. Obliga a frustrar este tipo de conformidad premiada y a entrar en el trámite ordinario. Es decir, el Juez de instrucción no dictará sentencia y remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para la celebración de un Juicio en el que como reza el art. 695 –la discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil–.

Pudiendo analógicamente admitirse que en la responsabilidad penal se beneficie de la conformidad cualificada cuando el truncamiento de la Sentencia de conformidad por el Juez de Instrucción sólo vino motivado por el rechazo de un tercero responsable civil.

4. Legitimación para demandar el resarcimiento y posibilidades de extensión a personas y entidades no enumeradas legalmente

Hasta la reforma de 1995, perjudicada y por ello legitimada para pretender el resarcimiento, podía ser cualquier persona vinculada con el fallecido por lazos afectivos y/o de dependencia económica, de tal forma que el óbito de aquel le hubiese irrogado un determinado daño moral o la pérdida o disminución de su sustento económico, todo ello derivados de unas especiales relaciones de afectividad, convivencia, y dependencia económica con la víctima.

La legitimación en la reclamación de daños materiales. Aunque no es necesario para reconocer la legitimación que accione el titular registral administrativo, bastando sólo con la prueba de que sea el propietario o dueño material y real del vehículo cuyo daño reclama, lo cierto es que descartado lo primero y en caso de impugnación corresponde su prueba a quien se irroga tal derecho.

En el caso de los menores estarán legitimados, en defecto de los titulares de la patria potestad, hablamos de menores en situación de desamparo o guarda de hecho, la persona o entidad que los custodie en ese momento.

En el caso de menores en situación legal de desamparo o guarda de hecho de algún familiar distinto de los progenitores.

Nada impide en principio la válida prosecución de la causa al estar sujeta la determinación de la indemnización a criterio judicial sin perjuicio de que la disposición y administración de la misma esté acogida a las reglas generales.

– Legitimación de la Seguridad Social, Mutuas Patronales y Clínicas Privadas.

La Audiencia Provincial de Murcia en las sentencia de 22 de julio de 2003, distingue perfectamente esta cuestión razonando “que el artículo 104 del anterior Código penal, establecía que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprendería no solo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también, los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero; y que el Tribunal Supremo tenía dicho que terceros sólo eran los que habían sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición ni los que estaban enlazados con la víctima con relaciones contractuales que se veían afectadas por el hecho punible y que, en realidad, no derivaban de él sino de la sentencia condenatoria (STS de 13 de febrero de 1991). Y esto sigue conservando toda su virtualidad con el vigente Código Penal, pues en su artículo 113 repite prácticamente la misma fórmula del citado artículo 104, suprimiendo solamente, por innecesaria, la referencia a que los perjuicios fuesen causados “por razón de delito”.

Por ello, y teniendo asimismo en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109.1 C.P., es el “hecho” constitutivo de delito el que obliga a reparar, “en los términos previstos en las Leyes”, los daños y perjuicios “por él causados”; y que en el artículo 116.1 del mismo Código se establece el principio de que todo responsable penal lo es también civilmente “si del hecho se derivaren daños y perjuicios”, se ha de concluir que el concepto de perjudicado tiene que proceder de forma directa del delito y no por razón contractual, como en el caso acontece”, y que “la situación de las clínicas médicas privadas, a los efectos que aquí se tratan, no pueden asimilarse ni al Insalud ni a las mutuas patronales, pues si la condición de terceras perjudicadas de éstas es indiscutible respecto al costo económico de las prestaciones sanitarias que hubiera proporcionado a las víctimas del accidente, ello es así porque la Ley lo prevé expresamente (artículo 168.3 de la Ley General de la Seguridad Social 8/2015 de 30 de octubre)”.

III. LA VÍCTIMA EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO UNO DE LOS PRECURSORES BÁSICOS DE LAS REFORMAS PROCESALES ANALIZADAS

La OMS define la violencia como “El uso intencional de la fuerza física o el poder contra uno mismo, hacia otra persona, grupos o comunidades y que tiene como consecuencias probables lesiones físicas, daños psicológicos, alteraciones del desarrollo, abandono e incluso la muerte”.

El término violencia de género hace referencia a la violencia específica contra las mujeres, utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y, las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

También existen hombres maltratados, tanto heterosexuales como homosexuales, y relaciones entre lesbianas donde hay agresividad, pero no es la norma. Se estima que el 95% de las víctimas de la violencia doméstica son mujeres, por eso los autores de los estudios siempre se refieren al agresor como él y a la víctima como ella.

La violencia doméstica constituye un problema mundial, sin fronteras que afecta a millones de mujeres, según revelan los informes de diversos organismos internacionales como UNICEF o la ONU. En función de datos actuales se estima que alrededor de 400.000 mujeres podrían ser víctimas de malos tratos físicos en España, si bien y, considerando las circunstancias que rodean a la mujer maltratada, esta cifra podría ser muy inferior a la real.

Este grave problema de salud femenina es el más fácil de prevenir porque no depende del avance de la ciencia sino de la situación de la mujer en la familia y en la sociedad. Sin embargo, poco o nada se está haciendo para hacerle frente. La Justicia criminal no ha resuelto el problema, los centros de acogida sólo pueden ofrecer refugio temporal a las víctimas y tampoco el funcionamiento durante un tiempo del Ministerio de Igualdad o de la Mujer y la las Consejerías respectivas en el ámbito autonómico, se ha revelado como una solución eficaz.

Los instrumentos de que hace uso el agresor para perpetuarla, retrasar la denuncia o fomentar el desistimiento de la misma y a los que, por tanto, deben tender a rebatir las armas legales y policiales. En este sentido, se recurre a

expresiones como *“estás sola, tu familia no te cree, no tienes amigos, todos saben que estás loca o si ni siquiera sabe llevar una casa, cómo va a poder a desenvolverse en la vida”*... En suma hace uso de actitudes inflexibles, provocando situaciones de tensión y ansiedad, tanto en el ámbito familiar como en relaciones sociales, con actitudes tendentes a avergonzar a la víctima delante de otras personas.

Existe una importante distorsión entre la existencia de reformas legales presuntamente encaminadas a erradicar el problema de la violencia doméstica y la falta de adaptación real de las mismas a algunos de los rasgos más señalados de este tipo de delitos, así la cuestión surgida con los llamados Juicios de delitos leves inmediatos, uno de cuyos fines fue precisamente –cuando en origen eran juicios de faltas inmediatos– el otorgar o garantizar una respuesta rápida a estos hechos y que, sin embargo, a la vista de la redacción dada al art. 153 C.P. por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y LO 1/2004, de 28 de Diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, prácticamente, desaparecen los delitos leves en el ámbito familiar a excepción de las injurias o vejaciones de carácter leve, teniendo la mayoría de los hechos en atención al parentesco la consideración de delitos.

De igual modo, y por lo que se refiere al ámbito de los Juicios Rápidos por delito, en ocasiones exigen también el contar con pruebas periciales completas físicas o psíquicas completas más allá desde luego de las que es posible aportar en el servicio de Guardia y que hacen que el Ministerio Fiscal interese la continuación como diligencias previas en orden a acreditar los factores que permiten la calificación del hecho como maltrato habitual o trato degradante.

1. El problema de la política informativa

Como abordar esta cuestión en los medios de comunicación, es aconsejable la dinámica actual, o conduce la misma en ocasiones a conductas de repetición o miméticas. Es este un análisis que en todo caso debe contar también con la colaboración y deontología de los medios de comunicación.

Los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental en el desarrollo creciente de la conciencia ciudadana, que empieza a considerar intolerable la violencia contra las mujeres y que está cada vez más dispuesta a poner

los medios necesarios para ayudar a sus víctimas y darles el apoyo social que precisan. Gracias a los medios de comunicación, se está rompiendo la espiral de silencio que existía con respecto a la violencia doméstica. A través de ellos se ha establecido la comunicación entre las instituciones públicas y las asociaciones de defensa de las mujeres víctimas de la violencia. Así, se resalta en el estudio social sobre los malos tratos que para la Fundación La Caixa realizaron, en su día, ALBERDI Y MATAS.

Persisten aún, sin embargo, una serie de vicios en el tratamiento que los medios de comunicación dan a la violencia doméstica, el primero de ellos es el sensacionalismo. El sensacionalismo es un aspecto que destaca cuando analizamos el tratamiento de las informaciones que los medios ofrecen sobre violencia contra las mujeres. El sensacionalismo no es un problema en sí mismo, pero ayuda a ocultar la realidad cotidiana de la violencia. Muchas veces los medios ocultan el carácter estructural de la violencia sin tener intención de ello. Al destacar el carácter de excepcionalidad de cada caso y al hablar solamente de las muertes y las agresiones muy graves, desaparece la perspectiva del ambiente cotidiano de violencia y de vejación habitual en el que viven tantas mujeres. Muy frecuentemente, predomina el sensacionalismo de los sucesos más llamativos y se impide una visión realista y adecuada acerca de la realidad de una violencia doméstica que, en la mayoría de los casos, no reviste esas condiciones de espectacularidad que tienen muchos de los sucesos a los que los medios hacen referencia.

Por otra parte, apenas se habla de la violencia psíquica habitual como una forma grave de agresión a la mujer, que tiene consecuencias muy negativas para ella y para toda la sociedad. Las más de las veces no se plantean los porqués y las razones profundas de la violencia y se atiende preferentemente a los detalles escandalosos y morbosos. Se presenta a las víctimas desde un enfoque emocional, reforzando los estereotipos femeninos de la debilidad, las lágrimas y el desamparo. Y, con frecuencia, el tratamiento que los medios dan a la violencia contra las mujeres es demasiado superficial.

Sensibilización de la opinión pública. Se puede observar un aumento en la preocupación que la población española tiene acerca de la violencia doméstica. Una mayoría de la población considera que los malos tratos son frecuentes en nuestra sociedad, habiendo aumentado los porcentajes en los últimos años.

2. El papel de las instancias preventivas

Teniendo en cuenta que alrededor de una cuarta parte de las muertes por malos tratos tenían antecedentes por malos tratos. En este sentido, juegan un papel importante, la educación, la sanidad: prevención, detección temprana, tratamiento, orientación. En EEUU, así como en otros países, ya se ha empezado a entrenar a los médicos para que sepan detectar la agresividad en la vida de sus pacientes y para que prescriban la solución adecuada.

Los servicios sociales deben de saber, cómo actuar o abordar a una víctima que no tiene interés en ser informada o ayudada.

Así cabe sugerir las siguientes normas o pautas para la entrevista (clínica, policial o judicial) de una mujer con sospecha de que haya podido sufrir maltrato, hablar con ella a solas, ofreciéndole garantías de confidencialidad, utilizar el tiempo necesario para la entrevista, observar las actitudes y el estado emocional (a través del lenguaje verbal y corporal), facilitar la expresión de sentimientos, procurar un clima de cercanía y comprensión, mantener una aptitud empática, facilitadora de la comunicación, con una escucha activa, transmitirle que no es culpable de la situación, expresar con claridad, de forma indubitada que la violencia no tienen nunca justificación.

Creado un clima de cierta calidez, abordar de forma directa el problema, tomar en serio y creer en todo momento el relato que la mujer ofrece, procurando no interrumpirla, anticipar juicios y hacer desaparecer el posible miedo a revelar el episodio de abuso, alertarla sobre el peligro que corre, el riesgo certero de que el hecho se repita poniendo en peligro su vida o la de allegados, respetar su ritmo a la hora de llevar las cosas, ayudar a ordenar las ideas a quien llega probablemente en una situación de colapso mental –así la importancia de concretar los episodios de violencia en orden a posibilitar la calificación del Ministerio Fiscal y/o acusación particular–, intentar centrar los episodios y ordenar el relato, en orden a garantizar una ulterior eficacia probatoria.

Las causas más probables son los conflictos familiares, la cultura y tradiciones, los trastornos psicopatológicos, los abusos de alcohol y drogas, los antecedentes, y los cambios sociales y acceso de la mujer al mercado de trabajo.

La necesidad de coordinar y establecer un abordaje integral del problema entre fuerzas e instituciones, conveniencia de dotar de foros de análisis u observatorios que permitan en su caso establecer las modificaciones precisas.

3. La agilidad en trámites y soluciones

Para evitar el tradicional retraso en la denuncia, en este campo se avanzado sin duda de forma notable en los últimos tiempos por las políticas sociales que tratan de prevenir/eliminar el maltrato y la creación sucesiva de nuevos órganos judiciales con competencias exclusivas en esta materia, para la aplicación de instrumentos creados *ad hoc*, como es el caso de la orden de protección, que puede simultanear la adopción de medidas de amparo tanto de carácter civil como penal, y que será objeto de registro en el SIRAJ para garantizar una exacta publicidad y control del cumplimiento de la misma.

A este respecto, y con relación a los problemas que anteriormente presentaban los casos de quebrantamiento del orden de protección con el consentimiento de la víctima, la cuestión se encuentra saldada desde el día de Acuerdo de Pleno del TS, Sala 2.^a, de 25 de noviembre de 2008, sobre quebrantamiento de la medida cautelar de protección con el consentimiento de la víctima llegando a la conclusión de que en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima, éste no excluye la punibilidad, a efectos del art. 468 CP.

La evolución de la sociedad española en su percepción del problema de la violencia doméstica. Si bien hasta hace poco, la mujer víctima de la violencia era responsabilizada de buena parte de la misma, actualmente, cada vez está más extendida la creencia de que es preciso rechazar las conductas violentas y de que hay que apoyar a las víctimas.

4. La violencia de género y el art. 416 LECRIM

No ofrece ninguna duda acerca de la posibilidad de la víctima de acogerse a esta dispensa legal de la obligación de declarar. Es inexcusable además a la vista del tenor del precepto el deber del Juez de Instrucción de informar a la víctima de tal posibilidad, con obligación igualmente de decir la verdad bajo pena de falso testimonio como cualquier otro testigo conforme al art. 433 LECRIM.

El fundamento de la dispensa de declarar que establece el art. 416 LECRIM cuando el testigo se encuentre relacionado con el agresor por alguno de los vínculos que en el mismo se establecen –los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil– no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al pariente del acusado a la difícil tesis de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio. Añadía el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 22 Feb. 2007 que, la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece el art. 416 LECRIM. tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado y debe ser puesta en relación con la exención de la obligación denunciar que reconoce el artículo 261 LECRIM.

La redacción dada a dicho precepto por la Ley 13/2009, sobre la Nueva Oficina Judicial incluye expresamente en su redacción a “la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”.

El problema reside en el testigo víctima que habiendo declarado ante la Policía y el Juez Instructor se niega en cambio a hacerlo en el Sumario, en estos casos se viene generalizadamente entendiendo que no cabe leer en Juicio, ni valorar como prueba las declaraciones prestadas ante el órgano instructor. A este respecto el TEDH en el caso “UNPERTINGER CONTRA AUSTRIA”, admite la validez de los preceptos nacionales del tipo del art. 416 y, admite asimismo la lectura de declaraciones anteriores de fases sumariales siempre que se respete el derecho de defensa con posibilidad de interrogar a quien emitió dicha declaración.

Sobre los problemas y trascendencia que a propósito de la aplicación de esta medida se plantean en la práctica, cabe aludir a título de ejemplo al análisis efectuado el 3 de marzo de 2020, por la Comisión Provincial de Violencia de

Género de Badajoz, donde fija en un 11% según estadísticas del tribunal superior de justicia de Extremadura el porcentaje de víctimas de violencia de género que se acogerían a dicha dispensa; de ahí que ha sido recurrente el planteamiento en los últimos tiempos, cada vez que se aborda la cuestión de reformas procesales en esta materia, la opción de suprimir o restringir la eficacia de dicha dispensa, en caso de víctimas unidas por una relación familiar o vínculo afectivo previo, o siempre que se aprecie en el delito un elemento subjetivo o voluntad del autor “de degradar, subyugar o dominar” a la víctima.

Nuestro TS en Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 23 de Enero del 2018 respecto a la alcance temporal de la dispensa del art. 416.1 Lecrim, concluye, en el segundo punto de su contenido lo siguiente *1.- El acogimiento en el momento del juicio oral a la dispensa del ver de declarar establecida en el artículo 416 lecrim impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. 2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa quien habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.*

En la muy reciente STS 389/20 de fecha 10 de Julio de la que ha sido ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, el TS modifica la jurisprudencia que mantenía al respecto hasta ahora al declarar que las víctimas, *una vez constituidas en acusación particular, no recuperan el derecho a la dispensa de declarar contra su pareja o determinados familiares –art. 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal– si renuncian a ejercer dicha posición procesal. En concreto, la Sala de lo Penal hace una corrección del acuerdo Plenario de 23 de Enero del 2018 (apartado 2º) declarando que no recobra el derecho de dispensa (art. 416 de la LECRIM), quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular aunque después cese en la misma.*

El Supremo pretende así la protección de las víctimas de violencia de género frente a posibles coacciones de su agresor para que no declaren contra él después de haberle denunciado. La sala de lo Penal destaca en la sentencia que el derecho de dispensa *“es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en los que la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos*

que revisten los caracteres de delito". Añade que "en algunos, en imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso", "pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial", concluye.

5. Mediación y violencia de género: tipos delictivos a los que puede ser de aplicación

En general existe consenso en la doctrina en el sentido de estimar que el proceso de mediación es apropiado para los delitos menos graves y delitos leves, en este sentido parece correcto el criterio seguido en la Ley portuguesa de reservar el proceso de mediación a delitos patrimoniales y contra las personas con penas inferiores a 5 años excluyendo algunos tipos como los que afectan a la libertad sexual.

En relación con los delitos además de quedar excluidos los graves, penados con más de cinco años, deben quedar excluidos de la mediación aquellos delitos en los que no existe una víctima o un perjudicado directo como ocurre con los delitos de peligro.

Tampoco parece muy adecuada la mediación en los delitos violentos ni en aquellos que se cometen por una pluralidad de partícipes pues se trata de situaciones, en las que es difícil enfrentar a las partes, en aras de alcanzar un acuerdo conciliador voluntario en posición de igualdad.

Curiosamente en la violencia de género y doméstica, la posibilidad de la mediación está tajantemente excluida por el artículo 44.5 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, aunque adivinamos la razón de la prohibición, podría contemplarse con matices la revisión legislativa del criterio.

La realidad nos demuestra que existen muchos casos de malos tratos de obra, lesiones leves, amenazas o coacciones leves puntuales en los que la víctima lo que pretende de la justicia es que desde las instituciones se medie en el conflicto, se actúe a modo de represión, pero pese a este interés evidente, la víctima observa sin poder hacer nada como con la puesta en marcha de la denuncia, el asunto se desborda, se le escapa de las manos y no solo no se satisface y protege a la víctima, sino que contra su criterio, se acaban solicitando para el

trasgresor penas de prisión y medidas obligadas de alejamiento (artículo 57 del CP) que provocan en definitiva sobre las víctimas, a las que se pretende proteger, un hondo malestar, que las lleva a la utilización de mecanismos legales como la dispensa del deber de declarar, que en realidad estaban previstos para satisfacer otros intereses distintos, con la exclusiva finalidad de evitar que el proceso llegue a sus últimas consecuencias. Así acogiendo a la dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es prácticamente el único modo por el que finalmente estas víctimas logran que la acción penal se haga inefectiva, pero el conflicto permanece e incluso en los casos de un potencial maltratador pueda verse agravado.

Por qué no dar entonces a la víctima el protagonismo y la protección que ésta pretende?, ¿porque prescindir de la posibilidad de solucionar un conflicto en muchas ocasiones puntual, mediante el proceso de mediación, cuando el proceso penal retributivo no solo no ofrece satisfacción sino que se presenta como inadecuado?

La proliferación de los procesos penales, la hiper agravación de conductas que se consideraban veniales, hace que se dispersen los medios de respuesta, tanto las atenciones sociales, como los mecanismos penales, la necesidad de responder a todos los conflictos con la represión penal, puede provocar que aquellos casos verdaderamente relevantes pasen desapercibidos.

Las estadísticas oficiales del Observatorio para la Violencia de Género ponen en evidencia como pese a la dura represión penal en el ámbito familiar de las conductas antes consideradas veniales, los casos graves, homicidios, siguen en aumento o se mantienen año tras año, no se tiene la percepción de que el endurecimiento de las penas se haya traducido en unos óptimos resultados.

Resulta incuestionable excluir las técnicas de mediación durante el proceso cuando lo que se imputa al agresor sea un delito de violencia habitual del art. 173.2 del Código Penal, pues en estos casos por la propia naturaleza de la violencia ejercida, la víctima se encuentra sometida a un estado de dominación, a una situación de permanente agresión, de modo que su vida como se ha dicho en reiteradas sentencias del TS es un infierno y el desequilibrio entre las partes es evidente pudiendo incluso estimarse que su voluntad estría viciada para intervenir en un verdadero proceso de mediación.

Tal vez también sería aconsejable impedir la mediación cuando las fronteras de lo que debe ser respeto en la relación de pareja hayan sido gravemente vulneradas poniendo de manifiesto una brutalidad especial en el agresor, casos de los delitos de lesiones del artículo 148 reveladores de una personalidad violenta, por supuesto las lesiones del artículo 149 o 150 o las amenazas graves del artículo 169 CP, pues en todos estos supuestos la violencia desplegada, sea vis física o vis moral, adquiere una relevancia tan notable que evidencia un desprecio y/o un afán de dominación evidente al tiempo que una alta agresividad; pero no parece justificable, que en episodios de violencia ocasional, caso del delito de maltrato físico o psicológico sin causar lesión, previsto y penado en el artículo 153 o el caso de las amenazas leves del artículo 171.4 o las coacciones leves del artículo 172 CP, en los que en la mayoría de las ocasiones se trata de acciones o desencuentros puntuales en los que no se aprecia un evidente desequilibrio de partes, se vea impedida por mandato del legislador una técnica que a buen seguro podría dar buenos frutos y evitaría que las víctimas se vieran obligadas a retratarse como lo revela el elevado número de sentencias absolutorias y retiradas de acusación provocadas por el ejercicio de la dispensa del artículo 416 LECRIM.

¿Qué obstáculo puede ofrecerse a que las víctimas que no se hallen sometidas y tenga capacidad suficiente para reaccionar, puedan acogerse a esta técnica? Entiendo que ninguno y que se trata de una desconfianza del legislador hacia los Tribunales y hacia las personas del género femenino.

6. Guía de buenas prácticas sobre declaraciones en materia de violencia de género aprobada en noviembre del 2018 por el grupo de expertos del CGPJ

Se regula una información clara y completa a las víctimas, en este sentido podrán solicitar una orden de protección, asignación de una pulsera electrónica, designación de dirección de correo electrónico para notificaciones, acceso a ayudas sociales, atención psicológica, asistencia letrada gratuita, derechos económicos y ayudas, protección en el orden laboral, atención extendida a los hijos víctimas del maltrato.

Se ha llegado hablar de una *justicia informacional* a cargo del Letrado de la Administración de Justicia.

Evitar la victimización secundaria en modo alguno la víctima llegue a sentirse culpable o responsable de la situación.

Evitar el peregrinaje judicial y el maltrato institucional.

No cuestionar la veracidad en sus manifestaciones.

La buena organización judicial favorece y protege a la víctima.

Consejos para la actuación de la víctima en juicio, derecho declarar mediante videoconferencia que evita la confrontación visual con el agresor, derecho a la asistencia de intérprete, derecho de las víctimas con discapacidad a que las comunicaciones se hagan a través de otra persona que los entienda, derecho ser acompañado por otra persona, derecho a ser asistido por un psicólogo durante la celebración del juicio, derecho a solicitar formalmente la notificación de la resolución que se dicte, derecho a solicitar que el juicio se celebre a puerta cerrada, derecho a pedir medidas de protección, derecho que se le comunique la fecha, hora y lugar del juicio, derecho a un trato respetuoso durante la celebración de la vista, derecho a no declarar conforme al artículo 416 LCRIM.

7. La apreciación objetiva del maltrato y sus consecuencias en la vida familiar

La sentencia 677/18 dictado por la sala segunda del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2018, tuvo un enorme eco en los medios de comunicación a propósito del caso concreto analizado declarando que no es exigible un especial *ánimo de dominación* del hombre sobre la mujer para subsumir su conducta en el tipo previsto en el artículo 153.1 CP consagran una apreciación objetiva del maltrato sin necesidad de acreditar ningún ánimo subjetivo especial en la conducta del acusado.

En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer o del hijo agresor sobre el padre especialmente vulnerable. Ello iba ya implícito con la comisión del tipo penal contemplado en los artículos 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones. Eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga acreditadas convicciones sobre la especial

igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no pueda hablarse de desequilibrio físico o emocional.

Sobre este particular algún analista cuestiona la incidencia que pueda tener en la vida familiar, donde tras registrarse una discusión puntual haya familias abocadas a una disgregación familiar de la mano de la aplicación imperativa del artículo 57.1 CP que prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación. Partiendo de que no hay que escatimar esfuerzos en la lucha contra la desigualdad, la violencia familiar y de género, la configuración e interpretación de los tipos de forma objetiva puede conllevar a tratar de forma igual a los desiguales, alejándonos del necesario análisis de las circunstancias concretas que concurren en cada caso.

8. Maltrato psicológico: el mal silente

Este tipo de maltrato entraña una enorme dificultad para su identificación y acreditación, ya que no deja daños corporales visibles, sin embargo puede dejar un inmenso e incluso irreversible daño en la persona que los sufre debido al carácter permanente del mismo.

Las personas que sufren este tipo de maltrato suelen tener sentimientos de culpa y de vergüenza al ver dañada gravemente su autoestima y su amor propio.

Su tipificación actual se encuentra comprendida en el artículo 173.2 CP. La jurisprudencia viene declarando que este artículo es un tipo delictivo autónomo en el que el bien jurídico protegido es la preservación de la paz familiar.

En cuanto se refiere al *non bis in idem* el artículo 173.2 primero in fine contiene una regla concursal específica cuando expresa *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se haya concretado los actos de violencia física o psíquica*, de forma que el principio *non bis in idem* sólo podrá ser invocado en relación a aquellos actos concretos de violencia que hayan integrado la habitualidad de un maltrato anterior ya enjuiciado.

Sobre el aspecto de la habitualidad que necesariamente debe darse en la violencia psíquica la jurisprudencia viene entendiendo que no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que hayan de

sumarse. Y menos aún debe exigirse un número concreto de denuncias, sino que responde más bien a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático. Lo determinante es haber creado una atmósfera general de esa naturaleza nos exige por tanto una mínima reiteración pero sí que la repetición provoque la situación de superioridad y de dominio hacia la víctima que permite hablar de habitualidad. La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal (STS 364/2016 de 27 de abril).

En suma, la información y apoyo a las víctimas de este tipo de violencia es fundamental para que puedan tomar conciencia de su situación, prepararse para salir de ella, denunciarla e intentar superarla. Como conclusión la intermediación y la empatía –participación afectiva en la realidad de la otra persona– se revelan como las mejores herramientas para dispensar un trato adecuado, y lo que es más importante, una respuesta lo más eficaz posible ante la víctima.

Bibliografía

- AGUDO FERNANDEZ, E. y otros. "La víctima en la justicia penal". Madrid, 2016.
- ALBERDI, I. y MATAS, N. "La Violencia Doméstica informe sobre malos tratos a mujeres en España". Colección estudios sociales, 2002, Fundación La Caixa.
- FERREIRO BAAMONDE, X. "La víctima en el proceso penal". Ed. La Ley, Madrid, 2005.
- GOMEZ COLOMER, J. L. "Violencia de género y proceso". Valencia, 2007.
- HOYOS SERRANO, M. "La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales". Pamplona, 2017.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. "Enjuiciamiento de género: fundamentos teóricos, plasmación positiva, orientaciones prácticas". Poder judicial, 2019.
- MAGRO SERVET, V. "La validez en juicio de las declaraciones de los testigos y víctimas en la instrucción de juicios rápidos". La Ley, 2002. "Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica". La ley, 2005.

MARTIN RIOS, P. "Víctima y justicia penal". Barcelona, 2012.

MONTALBAN HUERTAS, I. "La LO1/2004, de 28 de Diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, un instrumento normativo peligroso". Cuadernos de Derecho Judicial XXII, 2005.

ORDOÑEZ SOLIS, D. "La construcción normativa y jurisprudencial del principio de igualdad de género en la unión europea", 2019.

POMBO, F. "Guía práctica para el asesoramiento legal a las víctimas de violencia de género", 2015.

EL PROCESO PENAL Y LA VERDAD

Jorge A. Coussirat

*Profesor Titular de Derecho Procesal Penal (Universidad de Mendoza. Argentina)
y Juez del Tribunal Penal Colegiado de la Provincia de Mendoza*

Es para mí un gran placer escribir estas líneas en tanto son para homenajear a José Martín Ostos, a quien tuve la suerte de conocer en su Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla hace ya muchos años. De ese conocimiento nació una relación no sólo académica sino también una amistad que me honra y que, a pesar de la distancia, persiste sin mella

INTRODUCCIÓN

Voy a escribir sobre la verdad y el proceso penal advirtiéndole desde ya que los estrechos límites de este trabajo solamente han de permitirme esbozar algunos conceptos principales. He elegido el tema de la verdad porque a mi manera de ver la cuestión, se trata de uno de los aspectos esenciales dentro de todos los que ocupan a la ciencia del Derecho Procesal, en especial del Derecho Procesal Penal y, como directa consecuencia de ello, su análisis y la importancia que hoy se le otorga no debieran menoscabarse. Si bien se mira, el proceso penal no es otra cosa que actividad desarrollada de manera reglada que puede culminar con la imposición de una sanción estatal sobre la base de haber conseguido obtener el conocimiento de un determinado suceso histórico con relevancia penal. Si puede afirmarse que la piedra angular de la decisión jurisdiccional (sentencia de absolución o condena) es la previa obtención de un determinado grado de conocimiento respecto de los hechos objeto del proceso, no cabe duda alguna en cuanto a que la reflexión de cuál es esa "verdad" que se obtiene a través del proceso adquiere una importancia indiscutible.

Sin embargo, tengo para mí que la crisis en la que se encuentra inmerso el sistema penal (como parte de una crisis mucho más general de la vida en sociedad), ha traído como consecuencia una serie de nuevos conceptos jurídicos y,

consecuentemente, modificaciones en las normas reguladoras de los modos de enjuiciamiento penal que tienen relación con la cuestión de la verdad. Esta situación se ha dado particularmente en mi país (Argentina) pero de ninguna manera han sido ajenos a ella los demás países latinoamericanos y también europeos. Buena prueba de ello lo constituyen, limitándome a la Argentina, las numerosas reformas producidas en los últimos años en los Códigos Procesales Penales de las Provincias y también en el orden nacional. Destaco lo anterior porque todas esas novedades conceptuales y normativas tienen como directa consecuencia que la verdad deje de tener el valor trascendental que ostentaba, en aras de otros valores como la eficiencia, la celeridad en los juicios o la solución de conflictos. No digo con esto que la verdad deba obtenerse a toda costa puesto que en el camino a obtenerla existen diversos obstáculos que se justifican o encuentran sustento, por ejemplo, en la protección de derechos fundamentales pero sí sostengo que la búsqueda de la verdad dentro del proceso penal ha perdido buena parte de su importancia de otrora. En lo que atañe a la protección de los derechos fundamentales, aun cuando conduzca a problematizar la búsqueda de la verdad, señala con acierto Armenta Deu que aquella protección es tarea que “[...] se impone al Estado desde el momento en que se reconoce a las personas unos derechos inherentes a su dignidad de personas y, por tanto, de valor universal, cuya realización y preservación es el único fundamento posible de la legitimación del poder y de la validez del derecho [...]”¹.

Por ello he de tratar, dentro de los estrechos límites de este trabajo, los siguientes aspectos que creo tienen importancia en relación a la búsqueda de la verdad: I. El concepto que expresa la idea de la verdad que se busca en el proceso penal. II. Influencia de las garantías fundamentales de sustancia procesal en la búsqueda de la verdad. III. La verdad y los sistemas procesales. IV. El concepto de delito y la búsqueda de la verdad. V. La verdad y los procesos alternativos al juicio común u ordinario. VI. La verdad y el juicio con jurados.

I. EL CONCEPTO QUE EXPRESA LA IDEA DE LA VERDAD QUE SE BUSCA EN EL PROCESO PENAL

Ingresar en el tema de la verdad es adentrarse en el campo de la teoría del conocimiento y en la Epistemología, ésta como parte de la filosofía que estudia

¹ ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios de Justicia Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 229.

los principios, fundamentos, extensión y métodos del conocimiento. Arduas discusiones se han generado en torno al tema de la verdad tanto en el campo filosófico como en el jurídico, científico o histórico. Sin embargo, voy a limitarme a plantear algunas conclusiones, tomándolas como punto de partida. Por consiguiente, diré únicamente que pueden verse con provecho los trabajos de Taruffo², Ferrajoli³, Guzmán⁴, entre otros muchos.

Tradicionalmente se ha dicho que el proceso penal tiene como fin inmediato el descubrimiento de la verdad para así poder obtener un fin mediato que no es otro que la aplicación de la ley penal sustantiva. En otros términos, el paso previo a la decisión jurisdiccional que resuelve la imposición de una sanción penal es la obtención de la verdad en relación a los hechos motivo de acusación y objeto del proceso. Esa concepción clásica se advierte en Alfredo Vélez Mariconde⁵, con citas de Florián, Lucchini y Calamandrei. También se enrola en esa tesis Jorge Clariá Olmedo⁶. En rigor de verdad, la visión de los dos autores argentinos citados, padres de la escuela cordobesa del Derecho Procesal Penal en Argentina, resulta cargada de un marcado optimismo que hoy no es posible mantener pues la actividad procesal se encuentra regida por un sistema normativo que establece reglas que imponen limitaciones a la búsqueda de la verdad, con la definida pretensión de preservar otros valores a los que, en determinados momentos y por fundadas razones, se les otorga preeminencia.

² TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, el Juez y la construcción de los hechos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 89 y ss. Agrego aquí que Taruffo reniega de la posibilidad de la consecución de la verdad absoluta, la que estima es ajena totalmente al mundo de la Justicia y del proceso (*ibidem*, p. 99).

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, en especial, pp. 52 y ss.

⁴ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una aproximación a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 19 y ss. Luego de preguntarse respecto a la posibilidad de alcanzar la verdad en el proceso judicial, Guzmán sigue los lineamientos de Taruffo, mencionando las objeciones que se plantean respecto a esa posibilidad y señalando que el autor italiano afirma la existencia de una triple imposibilidad para obtener la verdad. Una supuesta imposibilidad teórica, una supuesta imposibilidad ideológica y, finalmente, una supuesta imposibilidad práctica.

⁵ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 3° ed. actualizada por Manuel Ayán y José Cafferata Nores, Tomo II, pp. 124-125.

⁶ CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960, Tomo I, p. 436.

Por eso pareciera poder afirmarse que la verdad, en el sentido más comprensivo posible como correspondencia entre el suceso histórico y su relato, es el objetivo perseguido mediante el desarrollo del proceso penal. Pero al mismo tiempo puede afirmarse que aquella verdad es prácticamente inalcanzable. Claramente se aprecia un baño de realidad en cuanto a la posibilidad de la obtención de aquella verdad entendida como adquisición conceptual de lo que efectivamente aconteció en un determinado hecho histórico. Si ello es así el interrogante que surge de inmediato es ¿cuál es entonces la verdad que es posible alcanzar en el proceso penal?

Al respecto, desde aquel concepto tradicional de verdad mucho se ha avanzado y la "Verdad Real" (así, con mayúscula) como resultado a obtener a modo de corolario del desarrollo del proceso penal, ha mutado en la búsqueda de la verdad procesal o verdad consecuencia o verdad consensuada, aceptando las diferencias que existen entre uno y otro de estos conceptos. En otras palabras, se ha tomado clara conciencia de que la actividad que se desarrolla en el proceso penal en la búsqueda de reconstruir un hecho histórico que permita la eventual imposición de una sanción penal tiene una enorme serie de limitaciones que importan impedimentos para la obtención de aquella clásica verdad real. A tal punto es esto así que aquél símil que comúnmente se hacía entre el Juez y el historiador hoy ya no puede sostenerse. Si bien se mira, el Juez y el historiador fijan su atención en un hecho del pasado, pero uno y otro actúan de modo diferente. Ante todo, a la imparcialidad del Juez, característica inescindible de la función jurisdiccional, no se la encuentra en el historiador ya que éste último no aparece como equidistante (imparcial) de la pretensión de partes, sino que se involucra en el análisis del tema desde una perspectiva particular y que es la que el mismo historiador elige. Por otra parte, el historiador no se encuentra limitado en su búsqueda de los datos del hecho histórico salvo por las vallas que él mismo se imponga o le vengan dadas por imposibilidades con las que se encuentra cualquier tipo de investigación científica. En cambio, el Juez carece de esa libertad ya que el sistema normativo (fundamentalmente de raíz constitucional) le impone una serie de reglas que necesariamente debe observar. En conclusión, la búsqueda de la verdad en un proceso penal no puede asimilarse a una búsqueda de tipo esencialmente histórico, a pesar de que existan ciertas analogías. Es decir, en el proceso penal se trata de obtener un determinado grado de conocimiento de un suceso del pasado mediante procedimientos reglados que establecen los parámetros y límites respecto al material probatorio que ha de servir de base a ese conocimiento.

Ahora bien, en cuanto al concepto de la verdad como tema del Derecho Procesal y del proceso penal en particular, los aportes llegados desde la Epistemología han permitido arribar a algunas conclusiones que lucen aceptables desde mi punto de vista.

La primera conclusión es que el hecho objeto del proceso existe o no existe en tanto resulte probado, pero no puede predicarse de él que es verdadero o falso. No se trata de la reconstrucción de un hecho histórico ya que en el proceso penal no es el hecho en sí lo que debe probarse. El ya citado Guzmán señala que lo que debe quedar acreditado es la “[...] veracidad de la afirmación acerca de la existencia del hecho [...]”⁷. En otras palabras, de lo que se trata en el proceso penal es que la afirmación relativa a un hecho encuentre sustento suficiente como para que ese hecho (que es el que se encuentra contenido en la acusación) pueda tenerse por probado. Vale decir, que la hipótesis sostenida en la acusación encuentra el sustento probatorio suficiente como para que puedan descartarse otras hipótesis alternativas. Esto lleva derechamente a la segunda conclusión, es decir, a que aquel optimismo referido a la obtención de la verdad real se transforma en una actitud realista que admite que, en el proceso penal, sólo puede arribarse a una verdad que carece de aquel atributo de “real” en el sentido sustancialista del término. Se trata de una verdad de naturaleza esencialmente jurídica.

La tercera afirmación que puede efectuarse es que la verdad a la que se arriba en el proceso penal es la que puede describirse como la situación de concordancia entre el hecho motivo de acusación y la idea que de él se forma el juzgador en base a los aportes probatorios que las partes han hecho durante el curso del proceso. Cuando el órgano jurisdiccional toma la decisión final y esa decisión adquiere firmeza, las conclusiones asentadas en la sentencia constituyen la verdad de ese proceso. En otros términos, la decisión jurisdiccional contenida en la sentencia firme y con autoridad de cosa juzgada, constituye en ese proceso el enunciado que debe considerarse verdadero o, mejor dicho, probado. Esa es la óptica con la que debe mirarse la cuestión. En relación a esto se ha

⁷ GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en...*, op. cit., p. 18. Señala en este aspecto (p. 26) que “[...] la verdad procesal resulta determinada por esa estructura de referencia que es el proceso y por las reglas que lo regulan y por tal razón no puede hablarse de verdad más que en términos de relatividad [...]”.

dicho que los jueces no deben buscar sus propias hipótesis sino que todo lo que deben hacer es "[...] analizar si las que les presentan la partes han alcanzado un cierto grado de confirmación"⁸. Resulta hoy evidente en los sistemas procesales marcadamente acusatorios que el rol del Juez es justamente el que se acaba de señalar, esto es, no debe investigar sino que en una actitud imparcial, imparcial e independiente, debe limitarse a evaluar el material probatorio aportado por las partes y resolver en consecuencia.

Por ello, la marcada importancia que ha adquirido el Ministerio Público en esos sistemas de enjuiciamiento. Es ese órgano estatal el encargado de llevar adelante la acción penal y toda la actividad procesal que es su directa consecuencia, con el objetivo de sostener la acusación, ante el órgano jurisdiccional que habrá de resolver si el material probatorio aportado permite arribar al estado subjetivo de certeza que requiere la sentencia condenatoria o si, por el contrario, la hipótesis contenida en la acusación no permite descartar otras que resultan alternativas y que seguramente han sido aportadas por la defensa. Mirada la cuestión de ese modo, resulta indiscutible que no es el Juez quien debe buscar, mediante actividad oficiosa, los elementos de juicio para elaborar sus propias tesis, sino que es a las partes (Ministerio Público, Querrela, Defensa) a quienes corresponde efectuar el aporte probatorio en base al cual el órgano jurisdiccional ha de tomar la decisión. En otras palabras, el juzgador que es quien "dice" la verdad procesal, la obtiene de la actividad probatoria llevada a cabo por terceros y no por él mismo.

Una cuarta conclusión que resalta es que la clásica distinción entre verdad material y verdad formal ha perdido valor. Aquella añosa afirmación de que en el proceso penal se busca la verdad material o histórica y que en el proceso civil se busca sólo una verdad formal ha perdido fiabilidad. Hoy en día se acepta que lo que se busca en todo proceso, sea penal o civil, es una verdad consecuencia o correspondencia. Por lo tanto, no cabe duda en cuanto a que aquella a distinción carece de trascendencia, más allá de las diferencias que subsisten entre uno y otro tipo de proceso.

⁸ *Ibidem*, p. 11.

Desde otro punto de vista, pero siempre en torno al concepto de verdad, el ya citado Guzmán⁹ hace un *excursus* respecto a las diversas teorías relacionadas con el concepto de verdad y señala que el concepto de verdad como coincidencia o correspondencia encuentra sus raíces en Aristóteles, quien sostuvo que la verdad consiste en decir que lo que es es y lo que no es no es. Hay aquí un germen del concepto de verdad como correspondencia, tesis aceptada por las clásicas corrientes del Derecho Penal encuadradas en lo que Ferrajoli¹⁰ denomina el garantismo penal por contraposición al autoritarismo. Según esto, la verdad que se alcanza en el proceso penal es una verdad que no resulta absoluta, sino solamente una verdad como resultado de actividad procesal llevada a cabo por las partes y que se practica en torno a la incorporación de pruebas relacionadas con la acusación, pero siempre en observancia de las formas preestablecidas. Se trata entonces de una verdad que se alcanza con la comprobación, en base a la prueba legalmente incorporada, de una hipótesis acusatoria traída a conocimiento del órgano jurisdiccional. Dado lo anterior, un concepto de "verdad procesal" resulta fundamental para generar y dar base al proceso penal constitucionalmente válido. En otros términos, la verdad procesal es aquella que supera los estándares exigibles para la adquisición del estado subjetivo de certeza que permite aceptar una hipótesis frente a otras que justamente por no alcanzar aquellos estándares pueden ser descartadas.

Puede afirmarse que hoy resulta aceptable que la verdad como concepto relativo al proceso penal puede utilizarse purificada de aspectos de naturaleza meta procesal. Vale decir, señalando con el término verdad a la conformidad entre las decisiones jurisdiccionales y los hechos que se dan por probados en el proceso conforme a las exigencias del sistema normativo. Dicho de otro modo, el *dictum* de un órgano jurisdiccional basado en la prueba rendida implica dar por verdadera la proposición o proposiciones de la acusación o de la defensa en virtud "de lo que puede saberse" como derivación de la actividad procesal desarrollada. Esto no es la verdad real ni la verdad material tal como se la ha entendido clásicamente. Es que como bien dice Muñoz Conde "[...] la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser

⁹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y...*, op. cit., p. 35. Para Ferrajoli, en definitiva, el "[...] juicio penal es un saber poder, es decir, una combinación de conocimientos (veritas) y de decisión (autoritas) [...]".

relativizada y desde luego, se puede decir entonces sin temor a equivocarse, que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio”¹¹.

En lo que concierne a esa “verdad forense”, según la llama el citado Muñoz Conde, no puede dejar de señalarse la trascendencia de la actividad de las partes tanto en el aporte de pruebas como en sus alegaciones valorando la misma, lo que permite que defiendan sus intereses, los que no siempre coinciden con la búsqueda o el descubrimiento de la verdad, tal como recuerda Ferrer Beltrán¹².

En estrecha relación con lo antes señalado respecto a la verdad aparece otro concepto de trascendental importancia en el Derecho Procesal Penal. Me refiero al concepto de “certeza”, como estado subjetivo que debe nacer en el juzgador, basado en la prueba rendida y que le permite el dictado de una decisión condenatoria. Consiste entonces la certeza en la convicción que se adquiere respecto a que la hipótesis acusatoria es la única jurídicamente válida en virtud de que los elementos de juicio con los que se cuenta permiten dejar de lado o descartar toda hipótesis distinta o alternativa. La certeza es pues aquel estado de convicción del Juez que, frente al material probatorio que le ha sido provisto por las partes, concluye en que debe decidirse por una de las hipótesis posibles ya que la o las restantes no pueden sustentarse con criterios de la lógica, la psicología o la experiencia común. Lo dicho, porque la búsqueda de la verdad en el proceso “[...] se concibe como una empresa racional en la que un juez profesional, experto en lógica y filosofía y no sólo en derecho, analiza las informaciones proporcionadas por documentos y por testigos, y elabora sobre esa base una reconstrucción

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Ed Hammurabi, Colección Claves del Derecho Penal, vol. 1, Buenos Aires, 2000, p. 102. El autor se declara en esta obra defensor de lo que llama “verdad consensual” o teoría democrática de la verdad la que implica la obtención de una verdad que será válida sólo cuando ella sea emanación de actividad procesal probatoria llevada a cabo con estricta observancia de las reglas y principios que regulan su práctica. En similar sentido, ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Trad. de Daniela Córdoba y Daniel Pastor, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 2 y ss. Igualmente Alberto Bovino, cuando siguiendo a Vivas Husser, señala que “[...] la Constitución sólo requiere la verdad en términos de verificación de la imputación, para destruir el estado jurídico de inocencia, y no la verdad real en el sentido inquisitivo” (autor cit., *Principios políticos de procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 60).

¹² FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, 2° ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 57.

veraz de los hechos”, para decirlo con palabras de Taruffo¹³. Agrego, una reconstrucción veraz de los hechos en base al material probatorio legalmente incorporado al proceso. Y puntualizo también que la afirmación del profesor italiano pone de resalto que, en su concepción, la principal preocupación es el análisis del modo de actuación de los Jueces técnicos y no de los jurados populares, los que sólo cuentan con el sentido común.

En concreto, los conceptos de “verdad procesal” y “certeza” se encuentran estrechamente relacionados por cuanto la certeza es, en definitiva, el convencimiento pleno del órgano jurisdiccional de que la hipótesis de responsabilidad penal del acusado no deja duda razonable. En otros términos, todos los extremos de la acusación pueden sostenerse razonablemente sin que respecto a ninguno de ellos pueda recaer una situación de incerteza. Vale decir, desde este punto de vista los conceptos de certeza y duda son antitéticos ya que cualquier situación en la que alguno de los elementos que integran la decisión genere algún margen de duda, la posibilidad de alcanzar el estado subjetivo que amerita una sentencia condenatoria desaparece. No hay posibilidad de afirmar que se ha obtenido la verdad procesal cuando hay duda aunque afirmar esto parezca una verdad de Perogrullo.

A estos estados subjetivos, certeza y duda, se llega en virtud del análisis de la prueba. De esto puede extraerse como consecuencia que la prueba tiene naturaleza “cognoscitiva” para el juzgador. Ello es así puesto que es en base a la prueba que se puede llegar a la certeza de que una hipótesis determinada es “verdadera”, en el sentido que se viene señalando. La prueba sirve de base para demostrar que hay en el proceso elementos que dan fundamento para el dictado de la decisión racional y justificada. Y esa decisión es la que tiene valor de verdad con relación al hecho que ha sido objeto de juzgamiento. Sobre este

¹³ TARUFFO, Michele, *Simplemente...*, p. 39. Si bien esta referencia la hace en relación al Derecho continental por contraposición al *common law*, resulta válida para esclarecer el modo en que la verdad se busca en el proceso. Más adelante (p. 99) Taruffo precisa más su idea cuando se refiere a la distinción verdad absoluta y verdad relativa, a la que considera inútil. Dice “[s]iendo evidente que la Verdad con mayúscula, es decir, la verdad absoluta, no pertenece al mundo de las cosas humanas, es del mismo evidente que no pertenece al mundo de la justicia y del proceso [...]”. A renglón seguido agrega que la posibilidad de obtener a través del proceso verdades relativas, de ninguna manera significa menospreciar la función de la verdad ni caer en concepciones subjetivistas o relativistas.

punto Guzmán, citando a Calamandrei, dice: “[...] el proceso es, ante todo, un método de cognición, es decir, de conocimiento de la verdad y que los medios probatorios [...] están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para lograr y fijar la verdad; no las verdades últimas y supremas, que escapan a los pequeños hombres, sino la verdad humilde y diaria, esa verdad de la cual se discute en los debates judiciales, esa que los hombres normales y honestos, según la sabiduría común y la buena fe, llaman y siempre han llamado verdad”¹⁴. Taruffo¹⁵, refiriéndose a este tema y coincidiendo, puntualiza que esa verdad (así, con minúscula) es la que puede obtenerse en el proceso penal.

Por cierto, no puede dejar de reconocerse que hay casos en los que la simplicidad del hecho conlleva a una fácil investigación y a una constatación empírica con grado de evidencia. En estas situaciones resulta difícil imaginar una divergencia entre la verdad material y la verdad procesal. Piénsese en un homicidio producido luego de una riña en presencia de numerosos testigos que aportan versiones concordantes en lo relativo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la reyerta y cuando, además, la muerte de la víctima y la causa del óbito ha sido constatada, sin lugar a dudas, por la prueba técnica. En este caso los datos empíricos y la verdad van de la mano. Pero no es esta la regla general y lo que habitualmente ocurre en la práctica diaria es cosa muy distinta, ya sea por falta de testigos por la reticencia de éstos o por la falta de posibilidad de obtener prueba técnica de calidad. Trabajosamente entonces muchas veces, como resultado de una cadena significativa de indicios, se llega como culminación del proceso a una decisión que por el modo en que se ha gestado, genera verosimilitud. Esa verosimilitud y la observancia de los procedimientos legales previstos, como garantía de orden y de preservación de derechos, es lo que genera a su vez credibilidad y autoridad de cosa juzgada.

Por otra parte, a raíz de que existe conciencia de las limitaciones respecto a la obtención de la verdad en el proceso, es que los sistemas de enjuiciamiento establecen sus propios resguardos para evitar, en la máxima medida de lo posible, errores en la persecución de aquella verdad procesal. Las vías impugnativas son, quizás, el mejor ejemplo de la desconfianza en cuanto a la posibilidad de acercarse a la llamada verdad material. En efecto, sólo cuando esa desconfianza existe puede

¹⁴ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en...*, op. cit., p. 101.

¹⁵ TARUFFO, Michele, *Simplemente...*, op. cit., p. 96.

entenderse que una decisión jurisdiccional dictada fundadamente (lo que implica que es demostrativa "*a priori*" de haber llegado a la verdad) pueda ser objeto de impugnación y, consecuentemente, ser revocada, lo que viene a poner de resalto no solamente que no se había alcanzado la verdad, sino que la verdad es otra.

En definitiva, el proceso penal debe buscar una verdad que, como valor a obtener, debe conjugarse con diversas limitaciones y con otros valores tales como los que emanan de garantías constitucionales. Se trata de una verdad que carece, por cierto, de naturaleza matemática o de certeza "absoluta" e indiscutible desde el punto de vista de la teoría del conocimiento. Pero en tanto verdad a la que puede accederse en un proceso penal, ella debe ser obtenida mediante la adquisición de la prueba por métodos formalizados, la libertad de las partes en la actividad probatoria (reglada por supuesto), el contradictorio, la imparcialidad del juzgador y las demás garantías de rango constitucional que configuran el juicio previo o debido proceso legal regulado por la Ley Fundamental. La existencia y la observancia de estos aspectos configuran el sustento que da valor al "*dictum*" en tanto y en cuanto le otorga calidad, credibilidad y, sobre todo, le otorga aceptabilidad. Es la verdad posible de ser obtenida y que, por el modo en que ha sido conseguida, tiene "*auctoritas*" además de verosimilitud. Coincido en esto con lo que afirma Ferrer Beltrán¹⁶ en el sentido de que una proposición o enunciado será considerado verdadero si se encuentra debidamente corroborado por la actividad desplegada dentro del proceso.

Cerca de estas afirmaciones se encuentra Muñoz Conde¹⁷ en tanto sostiene que la búsqueda de la verdad material es el norte, pero que todas las limitaciones de diverso tipo con las que se encuentra la actividad procesal, como las garantías que constituyen los derechos humanos, los criterios de proporcionalidad o el derecho a la intimidad, traen como consecuencia que se deba admitir lo que él denomina "la teoría consensual de la verdad".

Dicho lo anterior, puede entonces señalarse que la verdad que puede exigirse como producto de la actividad procesal, es mucho menos que la Verdad Real y, por consiguiente, es solamente una verdad a la que se arriba a través de un proceso penal legalmente desarrollado, dentro del cual son las partes las

¹⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 20.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Búsqueda de la...*, op. cit., p. 13.

que aportan los elementos de juicio, legalmente previstos y legalmente introducidos al proceso, de los cuales podrá valerse el juzgador para dictar el fallo. Es una verdad que se obtiene a través de la actividad procesal que, como se verá, se encuentra sometida a diversas limitaciones en pro de la defensa de diversos valores que alternativamente aparecen privilegiados frente a la búsqueda de la susodicha verdad. De ahí que pueda conceptualizársela como verdad procesal o verdad forense.

Esta verdad, con todas las limitaciones que ostente, es de todos modos una verdad que aparece como de fundamental importancia y que es requerida por ser el único modo de obtener seguridad jurídica como uno de los basamentos del orden social. En definitiva, todo proceso que ha arribado a una sentencia firme ha llegado a establecer lo que es la verdad en relación al hecho que ha sido motivo de ese proceso.

II. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE CONTENIDO PROCESAL Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

En una primera aproximación y luego de lo hasta aquí expuesto, puede afirmarse que la verdad a la que puede aspirarse en un proceso penal de corte acusatorio y garantizador de derechos fundamentales es una verdad procesal o verdad como consecuencia de la actividad probatoria que se ha desarrollado en ese proceso, que no puede ser asimilada al concepto de verdad real o verdad material.

Toda decisión jurisdiccional dictada como conclusión de un proceso penal tiene carácter de verdad cuando ella, en primer lugar, es el producto de procedimientos en los que se han observado las garantías constitucionales. En segundo término, cuando esa decisión es el resultado de una razonada y razonable evaluación de la prueba legalmente incorporada. En tercer lugar, cuando ha sido dictada en estricta observancia de las normas aplicables. Por último, cuando estos aspectos remarcados resultan evidentes en la motivación que es paso previo e ineludible de la decisión que se adopta.

Ahora bien, reconociendo las limitaciones que juegan para obtener la verdad desde el punto de vista de la Epistemología, su valor como tal (de verdad

procesal o de verdad como consecuencia de la actividad procesal llevada a cabo en el proceso) estriba fundamentalmente en que sea reconocida en base al crédito que merece el procedimiento para su obtención puesto que las formas que deben observarse y el modo de desarrollarse la actividad otorga posibilidades ciertas de confirmar la hipótesis contenida en la acusación, con verosimilitud y credibilidad. Es decir, la verdad con todas las limitaciones, valor a perseguir durante el desarrollo del proceso, permite afirmar que éste tiene una función epistemológica, pero no puede desconocerse que esa búsqueda de la verdad no es la única finalidad que el mismo persigue. Vale decir, el fin de búsqueda de la verdad se ve en ocasiones contrapuesto a otros fines que son también constitucionales al proceso. Por lo tanto, aquellas limitaciones que aparecen como obstáculos a la obtención de la verdad, derivan de las restantes finalidades del proceso penal, en tanto éste se encuentra regido por un sistema normativo que tutela otros intereses y valores además de pretender la obtención de la verdad.

Si ello es así, en todo proceso penal acorde a los parámetros constitucionales puede advertirse que existe un cúmulo de limitaciones a la obtención de la verdad. La génesis de ellas se encuentra justamente en la protección de otros valores o intereses que ha receptado el sistema normativo. Los mismos aparecen como dignos de protección y la presencia de esas limitaciones frente al interés por la verdad, indica que es necesario un equilibrio que permita la coexistencia entre aquellas limitaciones y la búsqueda de la verdad. La verdad y los otros intereses que se protegen en el proceso generan situaciones de tensión entre ambos.

A esa tensión, muchas veces sutil, entre las limitaciones que derivan del "debido proceso" y la verdad, debe prestársele especial atención so pena de generar vicios que obstaculicen el normal desarrollo del proceso. Esos vicios terminan por configurar nulidades procesales las que, finalmente, se constituyen en otros obstáculos en el camino hacia la verdad. El debido proceso exige la observancia de formalidades que no pueden soslayarse pero que, llevadas al extremo, pueden generar el convencimiento de que un procedimiento es justo o al menos ajustado a derecho, atendiendo sólo a si se ha observado el ritual previsto, perdiendo relevancia lo concerniente al valor de la decisión que se adopte, con respecto a la verdad. Sostiene Taruffo en este aspecto que "[...] en todos los ordenamientos procesales existen normas que influyen en la regulación de las pruebas, haciendo prevalecer razones no epistémicas o contra epistémicas,

dictadas por elecciones ideológicas en sentido amplio, sobre reglas y métodos que serían epistemológicamente válidos, al ser funcionales a la determinación de la verdad"¹⁸. Lleva razón en ello puesto que no puede reducirse la concepción del debido proceso a una mera exigencia de observancia del procedimiento ritual establecido. Y con acierto afirma el citado autor italiano que el problema es establecer el modo en que se ha de resolver ese conflicto entre la búsqueda de la verdad mediante la utilización de la prueba y las reglas probatorias que limitan aquella búsqueda. Concretando esta idea dice que el nudo de la cuestión radica en "[...] definir cuándo la exigencia de determinar la verdad puede dejarse de lado en nombre de la tutela de valores no epistémicos que entran en conflicto con esa exigencia [...]"¹⁹.

En el sentido indicado puede decirse que hay una estrecha relación entre prueba, verdad y reglas procesales en virtud de que estas últimas en muchas ocasiones configuran un límite a la posibilidad de determinar mediante la utilización de medios probatorios la verdad de los hechos objeto del proceso²⁰.

Tomando como base lo hasta aquí señalado, y entrando al análisis de la relación entre las garantías constitucionales y la verdad, la Ley Fundamental establece una serie de principios y garantías que rigen el desarrollo del proceso penal y que tienen relevancia en relación a la búsqueda de la verdad. Pueden mencionarse: 1) inviolabilidad de la defensa; 2) prohibición de autoincriminación; 3) inviolabilidad del domicilio y los papeles privados; 4) *ne bis in idem*; 5) derecho a pronunciamiento penal rápido; 6) límites a la extracción compulsiva de sangre; 7) preclusión y progresividad; 8) prescripción de la acción.

Ante todo, estas garantías se desprenden de las previsiones normativas de los Tratados Internacionales y, de consiguiente, no puede en modo alguno discutirse su carácter de derechos fundamentales respecto a los cuales los Estados deben establecer disposiciones legales claramente protectoras.

¹⁸ TARUFFO, Michele, *Simplemente...*, op. cit., p. 157.

¹⁹ *Ibidem*, p. 157.

²⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad...*, op. cit., p. 38. Señala asimismo, con cita de Carnelutti, que cuando existen esas reglas, no se trata ya de la búsqueda de la verdad material sino de un proceso de fijación formal de los hechos.

Las mencionadas *ut supra* resultan ser garantías procesales en el sentido de que, en primer lugar, son remedios a la mano de toda persona para impedir en un proceso penal que la actividad sea llevada a cabo con vicios que supongan lesión de derechos constitucionalmente reconocidos. Otorgan seguridad jurídica puesto que como señala Bidart Campos “[...] las garantías constitucionales son el soporte de la seguridad jurídica; no en vano se define a las garantías en un sentido lato, como el conjunto de seguridades jurídicas institucionales deparadas al hombre”. Y agrega “[...] hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja, sea impidiendo el ataque, sea restableciendo la situación anterior al ataque [...]”²¹. Dicho lo anterior, esas garantías implican en lo concreto, el establecimiento de normas contra epistemológicas en tanto y en cuanto ellas, al ser cumplidas, ponen vallas a la búsqueda de la verdad.

En lo que atañe a la inviolabilidad de la defensa, ella exige que al sospechado penalmente se le hagan conocer en la primera oportunidad los hechos que se le atribuyen, la prueba existente en su contra y también que se le otorgue la posibilidad, defensa técnica mediante, de controlar y confrontar la prueba. Indudablemente, estas exigencias derivadas de la garantía de la defensa pueden presentarse como un obstáculo a la obtención de la verdad. Las reglas de procedimiento establecidas con aquel objetivo pueden dilatar o dificultar la obtención de aquella. Pero nadie niega lo beneficioso del sistema en resguardo de valores que cobran relevancia superior a la consecución de la verdad. Por consiguiente, frente al valor sustancial de la inviolabilidad de la defensa, la eventual posibilidad de que la investigación pierda rapidez o eficacia carece de trascendencia. Lo esencial es la observancia del derecho fundamental.

Otro tanto puede decirse de la prohibición de autoincriminación, en virtud de la cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Se trata de una regla que aparece como contra epistémica. Pero no cabe ninguna duda en lo que concierne a que con ella se protegen valores que resultan superiores a la obtención de la verdad. A punto tal es esto así que no sólo la Constitución y las leyes procesales han establecido la prohibición, sino que, además, la jurisprudencia ha dejado definitivamente establecido que en un proceso penal el imputado

²¹ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988, Tomo I, p. 440.

tiene incluso derecho a mentir. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados fallos. A mayor abundamiento cabe recordar aquí el caso “*Allen vs. Illinois*” de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Allí se dijo que “[e]l derecho del acusado a no inculparse, establecido en la Quinta Enmienda [...] no está diseñado para aumentar la fiabilidad de la determinación de los hechos, está en la Constitución por razones completamente independientes”²².

En igual sentido, la inviolabilidad del domicilio, la prohibición de la extracción compulsiva de sangre o fluidos y el *ne bis in idem*, constituyen garantías procesales derivadas de derechos fundamentales y su observancia tiene en muchos casos como resultado dificultar la obtención de la verdad de los hechos del proceso. Ello así resulta puesto que aquellas garantías impiden actividad procesal que, desde el punto de vista meramente pragmático, representan elementos de utilidad para la consecución de la verdad. Es de toda evidencia que la falta de orden de allanamiento para el ingreso a un domicilio, invalida el material probatorio obtenido más allá de que el mismo tenga eventualmente valor dirimente para el esclarecimiento del hecho objeto del proceso. Debe quedar aquí a salvo tanto la doctrina del “descubrimiento inevitable” como la de la “fuente independiente” que han sido elaboradas fundamentalmente por la jurisprudencia norteamericana. No es el caso tratarlas aquí, pero vale mencionarlas.

Lo mismo cabe apuntar del derecho a un pronunciamiento penal rápido. Esta garantía implica que el transcurso del tiempo, en ciertos casos, juega en detrimento de la obtención de la verdad ya que los límites temporales de la duración del proceso, en beneficio del imputado, pueden constituir obstáculos a la posibilidad de alcanzar la verdad procesal. La garantía aquí señalada se encuentra regulada en el Derecho de los Tratados y así se desprende de las disposiciones de los artículos 1.1; 2 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; también y con mejor redacción, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inc. 3, letra c).

Como directa consecuencia de esas disposiciones, particularmente en lo referido al derecho a enjuiciamiento oportuno y sin dilaciones indebidas, las normas de naturaleza penal establecen disposiciones relacionadas tanto con el ejercicio

²² Caso 397 U.S. 337 citado por LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 209.

de las acciones y sus causas de extinción, especialmente las relacionadas con la prescripción. Sólo a título ejemplificativo, el Código Penal argentino lo hace en sus artículos 59, 62 y 67. Y las normas de procedimiento penal regulan lo atinente a la observancia de la garantía que aquí se menciona, estableciendo los límites de la persecución penal y las consecuencias de la morosidad o inactividad judicial. Buen ejemplo de ello lo constituye en la República Argentina el Código Procesal penal de la provincia de Chubut. Del juego armónico de sus artículos 19, 146, 148, 282 y 283 se extrae que el plazo razonable de todo proceso penal tiene como límite máximo tres años. Vencido el mismo sólo cabe sobreseer al imputado. Y durante el desarrollo de la investigación penal preparatoria, si se supera el plazo de seis meses sin que se produzca acusación, se extingue la acción e igualmente corresponde el dictado del sobreseimiento. Hay previsiones, por cierto, para que en casos especiales el plazo pueda extenderse, pero la regla general es la antes indicada. Análogas disposiciones contiene el Código de la provincia de Neuquén.

Como puede fácilmente observarse, las normas referidas privilegian el derecho del inculcado a ser juzgado sin dilaciones indebidas frente a la obtención de la verdad. Es decir, en el juego de ambos valores, se privilegia el derecho fundamental de quien se encuentra sometido a proceso frente al valor verdad.

Finalmente, tanto los principios de preclusión y progresividad como la prescripción de la acción penal (a la que ya me he referido) pueden jugar como elementos contra epistemológicos en relación a la verdad puesto que se privilegian otros valores por sobre la consecución de ella.

A estos tres aspectos que he puntualizado en párrafos anteriores y desde el punto de vista procesal los engloba Ferrer Beltrán²³ cuando se refiere a la toma de decisiones sobre la prueba sometida a estrictas limitaciones temporales.

Todo lo dicho permite afirmar que, además de las dificultades epistemológicas que pueden surgir para el conocimiento de la verdad en el proceso penal y la consiguiente necesidad de conformarse con la búsqueda de la verdad procesal o verdad consecuencia, las garantías constitucionales forman un vallado que, en ocasiones y en aras de preservar derechos de más alto valor, también son límites a la posibilidad de obtención de la verdad.

²³ FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional...*, op. cit., pp. 36-38.

Concluyendo este aspecto del análisis, pareciera poder afirmarse que la obtención de la verdad como concordancia certera entre lo probado y lo verdaderamente ocurrido es una pretensión siempre presente pero no siempre alcanzable. Así lo entiende el recién citado Ferrer Beltrán cuando afirma “[...] las limitaciones son, en primer lugar, las que impone el propio proceso judicial en cuanto tal; en segundo lugar, la institución de la cosa juzgada y, finalmente, las impuestas por las reglas sobre la prueba”²⁴. En definitiva, todos los que han sido mencionados pueden considerarse obstáculos en relación a la consecución de la verdad en el proceso penal, impuestos, como llevo dicho, por la existencia de otros valores de superior rango que ella y que, necesariamente, deben ser objeto de protección privilegiada.

III. LOS SISTEMAS PROCESALES Y LA VERDAD

Resulta relevante el análisis de la relación existente entre los conceptos del título porque, a mi modo de ver, la cuestión de la búsqueda de la verdad como objetivo (con todas las limitaciones ya señaladas) tiene distinta dimensión según se trate de un sistema procesal u otro. En el perimido sistema inquisitivo, bajo el pretexto de que la verdad es el objetivo a alcanzar para castigar todo delito, no hay demasiados obstáculos para que el juzgador actúe sin limitaciones y sin controles. De este modo, se le permite que busque y alcance lo que él estima la verdad y resuelva en consecuencia. La seguridad del Príncipe y la protección de sus intereses abonan las características de ese proceso en el que el imputado es un mero objeto de persecución. Debo puntualizar aquí que las características del inquisitivo que he señalado son harto genéricas, pero bastan para mi propósito.

En cambio, mientras más acusatorio es el sistema, aunque la obtención de la verdad sigue teniendo relevancia, mayores son las cortapisas para obtenerla derivadas, como se ha dicho, de la protección de otros valores, fundamentalmente porque el imputado es ahora un sujeto del proceso y como tal tiene en él una situación absolutamente distinta.

No hay duda alguna en cuanto a que los sistemas procesales de cada Estado corren en forma paralela al sistema filosófico-político imperante en ellos.

²⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad...*, op. cit., p. 57.

Como bien señala Muñoz Conde: “[...] el Derecho Procesal Penal es directamente ideológico en el sentido de que cualquier opción que se adopte en sus instituciones fundamentales refleja inmediatamente una determinada imagen del individuo, del Estado y de la sociedad, que no es puramente abstracta sino que incide directamente en el contenido y el ejercicio de los derechos fundamentales [...]”²⁵. La cita tiene valor porque aquella base ideológica aparece con mucha claridad en todo sistema de enjuiciamiento. Sólo a título de ejemplo, el sistema acusatorio que puede encontrarse en las legislaciones de derecho continental europeo o que sigan esa vertiente, se encuentra imbuido del valor verdad con todas las limitaciones que se quiera. En contrapartida, el sistema adversarial, típico del *common law*, que recepta aspectos del pragmatismo que impera en las sociedades anglosajonas, tiene mucha menor preocupación por la verdad. Sobre esto he de volver.

Teniendo en cuenta la exigua extensión de este trabajo me veo precisado a limitar el análisis a la relación que existe entre el sistema acusatorio formal, el sistema adversarial y la verdad. El interés del tema aparece porque en la actualidad en Latinoamérica y, particularmente en la República Argentina, hay un enorme entusiasmo, casi diría una moda, por el sistema adversarial con el aditamento de que en ocasiones se lo asimila al acusatorio formal sin advertir las importantes diferencias entre ambos. Ese entusiasmo y también la confusión derivan de tomar como ejemplo el modelo procesal norteamericano sin tener conocimiento acabado de por qué nace y qué significa ese sistema de enjuiciamiento penal. Así lo recuerda Juan Luis Gómez Colomer²⁶.

Como primera aproximación y con la intención de evitar confusiones, puede afirmarse que todo sistema adversarial es por definición acusatorio, pero no todo sistema acusatorio es adversarial. Como es harto sabido, éste último es el sistema del *common law*, en tanto que el acusatorio formal es el que rige en países de derecho continental europeo y desde él ha llegado a Latinoamérica.

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Búsqueda de...*, p. 12.

²⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, Ed. Ubijus, México, 2012, pp. 12 y ss. Aclara además Gómez Colomer que “[...] se constata cada vez más un acercamiento entre ambos sistemas, el adversarial norteamericano y el acusatorio formal europeo, de manera que el de USA no es ya tan adversarial ni el europeo tan acusatorio formal” (pp. 22-23).

Ahora bien, ese diverso origen da lugar a una serie de importantes diferencias en diversos aspectos de cada uno de esos sistemas. Por ello es necesario señalar las características principales que pueden predicarse de cada uno y que los diferencian. Así lo creo porque ellas tienen estrecha relación con la verdad.

La primera característica que puede mencionarse es que el proceso adversarial es una "competencia" entre partes que teóricamente se encuentran en igualdad de condiciones actuando frente a un juez director del proceso y ante un Jurado integrado por legos. En esa contienda, cada una de las partes trata de determinar los hechos a su modo (de ahí que cada parte tenga su "teoría del caso"). Si se trata de una competencia y cada quien tiene su verdad, directa consecuencia de ello es que las partes actúan de un modo especial. Por ello, cada una "prepara" a "sus" testigos, aunque luego se les tome juramento y se dé por supuesto que se expedirán con verdad²⁷. Vale decir, no se cita a personas que tengan conocimiento de los hechos objeto del proceso, existiendo comunidad de la prueba, sino que se pone ante el Tribunal sólo a aquellos que, según el interés de cada parte, efectuarán un aporte para coronarse vencedor.

Por cierto, la modalidad descrita en el párrafo anterior tiene una serie de consecuencias procesales (carga de la prueba, *cross examination*, testigos propios y testigos hostiles, diverso modo de interrogarlos) que tienden a darle fiabilidad a esos testigos, pero lo central no es llegar con ellos y por ellos a la verdad. De lo que se trata fundamentalmente es de que, en un procedimiento con igualdad de armas, cada parte lleve a cabo la actividad que resulte conveniente a su teoría del caso. Si bien se mira, la expresión "teoría del caso" despega la cuestión de la búsqueda de la verdad para centrarla en la exposición de una narración que muy bien puede ser buena y verdadera o buena y falsa²⁸. En relación a la *cross examination* Taruffo, citando a Freedman, señala que "[...] el buen abogado debe usar la *cross examination* para destruir al testigo adverso, especialmente cuando sabe que éste ha dicho la verdad"²⁹.

Otra característica es la que deriva de la conformación del órgano de acusación. Tomando como ejemplo el que resulta ser paradigma del sistema

²⁷ TARUFFO, Michele, *Simplemente...*, op. cit., p. 64.

²⁸ *Ibidem*, pp. 82 y ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 65, nota 85.

adversarial, esto es, el sistema norteamericano, el fiscal es en primer lugar representante del gobierno y no forma parte de un órgano integrante del Poder Judicial ni es un órgano extrapoder. Además, y esto es característica fundamental, tiene poder dispositivo de la acción penal y, por tanto, selecciona los casos que llevará a juicio. Cabe agregar que en su actuación hay una marcada carga política desde que se ciñe a los objetivos del gobierno, pero sin perder de vista que en la contienda o "competencia" judicial no puede resultar perdedor. En la práctica, un fiscal que no obtenga sentencias condenatorias o que fracase en muchas de sus acusaciones no tiene futuro en el sistema estadounidense. Es este otro aspecto que mediatiza la búsqueda de la verdad como norte de la actuación en el proceso.

En rigor de verdad y si bien se mira, ese cierto descuido o desinterés por la verdad es una consecuencia del extremado pragmatismo norteamericano que privilegia la obtención de un resultado que dé fin al conflicto aun cuando la verdad quede en segundo plano. Tampoco puede descartarse la influencia de la tendencia post moderna a pensar en la existencia no de una verdad sino varias igualmente válidas en torno a una misma cuestión o, también, que la verdad consiste en un criterio de aceptación de una determinada postura por un número suficiente de adherentes a ella. No voy a extenderme aquí sobre estos aspectos, pero resultan conocidos.

Ahora bien, una tercera característica del sistema deriva del hecho de que en el proceso penal adversarial no es sustancial la búsqueda de la verdad como uno de los fines del proceso, sino que la finalidad esencial es el desarrollo de un proceso justo³⁰. En otros términos, lo que importa resguardar es el desarrollo de un juicio que tenga el carácter de justo en tanto y en cuanto se hayan observado todas las garantías y formalidades que se requieren durante el cumplimiento de la actividad procesal, otorgando igualdad de armas a las partes.

³⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal...*, op. cit., p. 68. Dice en este sentido, haciendo expresa referencia al sistema norteamericano, "[...] en USA el proceso penal no sea averiguar la verdad material, sino celebrar un juicio justo, mientras que en Europa todavía siga siendo objetivo primordial hallar y castigar al verdadero culpable, no empece para una sólida comparación conceptual. Esto puede tener una explicación bastante lógica, porque para la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas averiguar la verdad material tiene un amargo sabor inquisitivo pues rezuma claramente investigación, de ahí que coherentes con su sistema se fijen más en reforzar las garantías del proceso penal y en lograr un juicio justo como fines del proceso penal".

En estrecha relación con lo dicho en el párrafo anterior y en cuarto orden, en los sistemas adversariales el órgano decisor es un tribunal de jurados, generalmente un jurado popular. Por la preparación de sus integrantes puede afirmarse que lo natural es que a ellos se les dificulte el análisis de los diversos aspectos que constituyen la teoría jurídica del delito, sobre todo porque es “[...] notoriamente difícil separar lo empírico de lo valorativo y de lo jurídico [...]”, tal como enseña Damâska³¹. Además, por su integración con legos el “*dictum*” obedece a razones inescrutables puesto que el jurado no explicita los motivos de su veredicto. Muy por el contrario, cada uno de sus integrantes debe guardar secreto de las deliberaciones y del sentido de su voto individual. Como directa consecuencia de ello no es posible conocer el modo en que ha sido evaluada la prueba y, de allí, la indirecta consecuencia de que las vías recursivas atiendan en lo sustancial a vicios de procedimiento y no a cuestionamientos sobre el modo de valoración de la prueba. De ese modo, el objetivo de la obtención de la verdad aparece disminuido en su trascendencia.

Por último, en los sistemas adversariales no hay lugar para la víctima en el rol de parte en el proceso. Ello es así en tanto y en cuanto el único acusador posible (me refiero al sistema norteamericano, que pasa por ser el paradigma del sistema adversarial) es el Fiscal³². Por lo tanto, si se pretende instaurar un sistema adversarial al uso estadounidense, una de las cuestiones a resolver es la referida a si debe darse marcha atrás no solamente en los códigos procesales que admiten al querellante particular, sino desechar (particularmente en la Argentina) todos los avances jurisprudenciales relacionados con la intervención del querellante particular³³.

Como contrapartida, en los sistemas acusatorios formales, el fin de la obtención de la verdad tiene mayor relevancia y ello se advierte puesto que la actuación de las partes en el proceso no es una competencia en la que fundamentalmente se resguarda la igualdad de armas y el juicio justo, sino que se traduce en actividad procesal que tiene la finalidad de producción de prueba que resulte

³¹ DAMASKA, Mirjan, *El Derecho probatorio a la deriva*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 44.

³² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso...*, op. cit., p. 72.

³³ Léase “Santillán” (CSJ, Fallos 321:2021); “Quiroga, Edgardo” (CSJ, Fallos 327-3863); “Del’ Olio” (CSJ, Fallos 329:2596); “Linares” (CNCP, Sala I, 6-06-2005); “Ascolese” (CNCrimCorr., Sala I, 30-12-2005); “Storchi” (CNCP, Sala II, 15-07-2010); “Li Yuh Lin” (CNCrimCorr., Sala II, 21-09-2005), entre otros.

suficiente para llevar al Juez al estado subjetivo de certeza que exige el dictado de una sentencia definitiva, lo que se traduce en la verdad procesal.

En conclusión puede decirse que, como regla general, en los sistemas acusatorios formales se le da mayor trascendencia al tema de la verdad (con todas las limitaciones que se quiera), si se los compara con los sistemas adversariales, en los que la mira está centrada en la solución del conflicto penal.

IV. EL CONCEPTO DE DELITO Y LA BÚSQUDA DE LA VERDAD

Me parece interesante el análisis de la cuestión que suscita el título de este acápite, pque tengo el convencimiento que el concepto de delito desde el que se parte tiene estrecha influencia en los objetivos que se le fijan al proceso penal. De consiguiente, la importancia que la verdad asuma frente al resultado del proceso deriva indirectamente de aquel concepto de delito.

Desde mi punto de vista, muchas de las cuestiones que hoy se suscitan en torno a las instituciones procesales penales que se encuentran reguladas en los Códigos de procedimiento, sobre todo en los que han visto la luz a fines del siglo pasado y comienzos del presente, tienen estrecha relación con el concepto de delito que se tome como punto de partida. Si bien se mira, en la actualidad se admite casi sin cuestionamientos que el delito ha dejado de ser ya una "infracción a la ley del Estado" (en términos carrarianos) para ser considerado un "conflicto". Aquí, creo, está la raíz de la cuestión porque en tanto se considere al delito fundamentalmente como una "infracción" a una norma establecida por el Estado, consecuencia directa de ello es la necesidad de intervención de los órganos públicos predispuestos, los que deberán actuar investigando, acusando y finalmente juzgando, una vez que el hecho ha quedado esclarecido. Hay aquí un particular interés en la intervención estatal porque, obtenida la verdad procesal se debe aplicar la consiguiente sanción que demostrará la vigencia de la norma. La importancia de la verdad aparece así sin necesidad de mayores explicaciones y no he de extenderme por cierto en lo referido a la naturaleza y fines de la pena. A los efectos que persigo, lo dicho es suficiente.

En cambio, la consideración del delito como "conflicto" cambia el eje y lleva derechamente a entender que, en tanto y en cuanto los intereses en juego sean

conformados o satisfechos, la razón de ser del proceso desaparece. Indudablemente el cambio de paradigma es radical puesto que ahora lo que interesa no es ya llegar a la obtención de la verdad para posibilitar la aplicación de la ley infringida y como medio de restauración de la vigencia de la norma, sino que la preocupación es que la "contienda" entre las partes quede saldada satisfactoriamente para ellas. Si ello es así, parece indiscutible que la tarea de los órganos estatales (Policía Judicial, Ministerio Público, Jueces) no es ya la de investigar, acusar y juzgar respectivamente, sino solamente actuar en una especie de mediación, buscando la solución del conflicto sin que la verdad tenga demasiada trascendencia si se produce la predicha solución. Si las partes (acusado y víctima) acuerdan el resultado del conflicto y para ellas tal acuerdo es satisfactorio, la cuestión debe considerarse resuelta más allá de la preocupación por la verdad.

En relación a lo expuesto y por estrictas razones de brevedad, voy a ejemplificar mis afirmaciones tomando cuatro cuerpos normativos vigentes en la República Argentina, de cuño relativamente reciente y que tienen coincidencias con las modernas corrientes puntualizadas. He de referirme a los Códigos Procesales Penales de las provincias de Mendoza, Chubut y Neuquén y al de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

En lo que concierne al primero nombrado (CPP de Mendoza), el artículo 5 expresamente dispone que los tribunales deberán resolver "el conflicto" surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, "[...] en procura de contribuir a la armonía social entre sus protagonistas". Claramente se advierte que lo sustancial es que el hecho presuntamente delictivo genera un conflicto y que los tribunales deben tener como objetivo la solución del mismo pero, además, con el declarado fin de regenerar la armonía social entre víctima y victimario. La verdad no parece ser una cuestión que aparezca en primer plano como objetivo del proceso. Amén de lo dicho y consecuentemente con ello, se regulan una serie de institutos procesales (suspensión del juicio a prueba, juicios abreviados, solución del conflicto, entre otros) en los que la verdad procesal tiene escasa relevancia o se la obtiene de maneras *sui géneris*. Sobre ello he de volver.

En lo que se refiere al CPP de la provincia de Chubut, el artículo 32 expresamente señala a la "[...] solución del conflicto [...]" como el objetivo principal del proceso penal. En similar sentido, el artículo 14 del CPP de Neuquén estatuye

que el Ministerio Público tiene la carga de la prueba y que debe actuar para la solución del conflicto. Y esto se reitera en el artículo 17 ya que se hace referencia a que el principal fin de la actividad procesal es la solución del conflicto. Análogamente, el CPP de la CABA en su artículo 4 puntualiza que la actividad procesal va en pos de la existencia del hecho objetivo, pero a su turno el artículo 5 señala que la actividad del Ministerio Público está enderezada a llevar a cabo una investigación para solucionar el conflicto.

Los cuatro CPP citados, como correlato de la finalidad asignada al proceso, derivada de una especial concepción o concepto del delito, regulan diversas salidas alternativas al dictado de la sentencia en juicio común. Hay coherencia en esto pues si se otorga a las partes un mayor control sobre el desarrollo del proceso, derivado de su finalidad de solucionar un conflicto, sólo los hechos controvertidos deben constituir el objeto de la actividad probatoria. En lo que hay acuerdo entre víctima y victimario no es necesario investigación alguna ni búsqueda de la verdad sobre ello. Además, sobre esos acuerdos el órgano jurisdiccional tiene muy limitadas facultades de control. Por lo tanto, si el acuerdo, derivado de la conveniencia de las partes se aleja de la verdad, ello carece de trascendencia procesal.

Sobre el punto no puede dejar de señalarse que, además, subyace un implícito reconocimiento a la imposibilidad de que el sistema procesal procese todas las causas que a él ingresan. Por ello, es que se buscan alternativas de eficiencia al proceso común. Aquella imposibilidad va de la mano con la poca eficiencia de la investigación penal. Es decir, desde el mismo inicio del proceso aparecen dificultades y esa es la razón de que se adopte a la solución del conflicto como objetivo del proceso. De ese modo, el acuerdo entre las partes simplifica el procedimiento y se arriba así a una solución. Como recuerda con acierto Damaska, refiriéndose a la situación en el Reino Unido, la adopción de la solución del conflicto como objetivo del proceso, fue debida a “[...] la larga ausencia en Inglaterra de un instrumento oficial eficaz para efectuar las investigaciones [...]”³⁴.

Lo dicho tiene relación con las leyes procesales señaladas como ejemplo más arriba porque en ellas (como en otras muchas por igual) las modificaciones que hoy se encuentran vigentes han tenido su génesis justamente en las reiteradas

³⁴ DAMASKA, Mirjan, *El Derecho probatorio...*, op. cit., p. 122.

demostraciones de falta de eficacia y morosidad en el desarrollo del enjuiciamiento penal. Esas falencias no pueden desconocerse, pero en la búsqueda de mayor eficacia y rapidez se adoptan soluciones que pretenden conseguirlas, pero que desde el punto de vista de la verdad dejan a ésta devaluada. Es que la aceptación de la solución del conflicto como objetivo del proceso y a cargo de las partes, permite que el Estado se desentienda o al menos pase a un segundo plano en la actividad que requiere el Derecho Penal como uno de los garantes de la paz social.

V. LA VERDAD Y LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS AL JUICIO COMÚN

En correlación con lo señalado en el punto anterior, las modernas legislaciones procesales han comenzado a regular procedimientos alternativos al juicio común. Aparecen así la suspensión del juicio a prueba; el establecimiento del principio de oportunidad y los diversos criterios en relación a él (insignificancia del hecho; mínima culpabilidad del autor; exigua contribución al delito; pena natural); la mediación, los juicios abreviados, etc.

En todos estos procedimientos alternativos, hay una búsqueda de la solución del conflicto como salida de naturaleza procesal que evite el desarrollo de un proceso ordinario o común y que permita que el procedimiento aborte antes de arribarse a la sentencia o, en su caso, que se arribe al dictado de la misma sin la etapa de producción de la prueba, según los cánones de oralidad, inmediatez y contradicción. De este modo y, aceptado que el delito es un conflicto, lo que interesa entonces es un acuerdo a satisfacción de las partes. A estos fines esencialmente pragmáticos, lo que generalmente se establece en la norma es la facultad de disponibilidad (reglada o libre) de la acción por parte del Ministerio Público. De ese modo se le permite liberarse de la investigación penal obligatoria, permitiéndole la selección de los casos a perseguir y se lo faculta a arribar a acuerdos con el imputado, en ciertos casos con intervención esencial de la víctima.

En virtud de esos acuerdos es que el proceso penal común se trunca y toma caminos distintos. Por lo tanto, la primigenia búsqueda de la verdad como paso previo a la aplicación de la ley penal de fondo al caso concreto, se transforma en actividad procesal que busca satisfacer los intereses particulares de acusado y

víctima de un modo que resulte aceptable para el titular de la acción penal que todavía hoy sigue siendo el Ministerio Público. Esta modalidad de proceder en los procesos penales trae entonces como consecuencia que aquella verdad ya no es el fin de la actividad procesal que se desarrolla dentro del proceso. Bastan dos ejemplos para demostrarlo y tomo para ello disposiciones de la ley procesal mendocina. El primero de ellos, "suspensión del juicio a prueba", está contenido en el artículo 30 de la ley ritual de la Provincia y contempla la posibilidad de que en algunos casos de delitos leves (que la misma norma ha previsto) sea posible un procedimiento alternativo al juicio común. Si aquel resulta procedente, cumplidos ciertos recaudos, el proceso común aborta sin llegar a la dilucidación de la verdad procesal en relación a los hechos motivo de la causa. Y si el enjuiciado observa las obligaciones que se le imponen durante un tiempo establecido, la acción penal se extingue y se dicta el sobreseimiento definitivo del procesado. Como puede verse, la conveniencia de llegar a esa solución (que no es otra que la de descongestionar el sistema judicial) prima sobre la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso penal.

El segundo ejemplo que traigo a colación es el de los llamados "juicios abreviados", regulados en los artículos 359 y 418 del Código Procesal penal de Mendoza. Se establece que, en cualquier tipo de delitos si el Ministerio Público y el acusado así lo acuerdan, el proceso común (oral, público, contradictorio y continuo) no se lleva a cabo. Y sobre las bases del acuerdo al que al que han arribado las partes, el órgano jurisdiccional pasa a dictar sentencia de modo inmediato. Aquel acuerdo implica que el encausado reconoce lisa y llanamente su responsabilidad en el hecho motivo de acusación, confesándolo sin cortapisas y por su parte, el Fiscal interviniente como contrapartida, manifiesta expresamente que va a limitar su reclamo de pena a la que ha acordado con el imputado y su defensor. Al igual que en el primer ejemplo, la finalidad de llegar rápidamente y sin trámites engorrosos a la sentencia con el declarado objetivo de evitar la morosidad judicial y la congestión tribunalicia, viene a sustituir la persecución de la verdad procesal.

En rigor de verdad, tanto en un caso como en el otro hay una verdad que es la que se refleja en la decisión jurisdiccional. Pero resulta indiscutible, a mi ver, que el modo en que se obtiene la misma demuestra que interesa mucho menos acercarse a la verdad histórica si se hace la comparación con el proceso común. No desconozco, por cierto, que aquellos dos institutos procesales que he

señalado tienen numerosos antecedentes en el Derecho comparado, pero ello solamente demuestra que no sólo en Argentina, la búsqueda de la verdad procesal se encuentra sometida a constantes limitaciones en aras de otros intereses a los que se privilegia, algunos de ellos como he dicho de base constitucional y otros derivados de intereses menos trascendentes.

VI. LA VERDAD PROCESAL Y EL JUICIO CON JURADOS

Finalmente, hoy hace camino en la República Argentina el juicio con jurados. Nadie duda ni discute que existe un mandato constitucional para su instauración y no es éste el lugar de analizar el tema del jurado en general. Solamente he de referirme a su modo de funcionamiento en relación a la verdad.

En su modalidad de jurado popular, lo cierto es que este modo especial de integración del tribunal de juicio también tiene relación con la obtención de la verdad. Esto es así puesto que como recuerda Taruffo, una característica que ha acompañado al jurado popular a través de toda su historia es la de ser no solamente un instrumento procesal sino un mito y una salvaguarda de la libertad. Así sostiene que “[...] en la base de la aceptación social del sistema de jurado hay una especie de acto de fe, en virtud del cual la justicia del veredicto se acepta a priori como un axioma indiscutible [...]”. Y agrega más adelante “[p]ero esto tiene una consecuencia interesante desde el punto de vista de las modalidades de determinación de los hechos [...], la determinación de ellos que realiza el jurado es inescrutable, de modo que no existe posibilidad alguna de comprender por qué y cómo un hecho llega a considerarse probado o no probado [...]”³⁵.

Esto es absolutamente cierto puesto que el jurado popular no está precisado a efectuar ninguna narración de los hechos que da por suficientemente probados ni debe señalar el valor que otorga al material probatorio incorporado en el juicio. Indudablemente estos aspectos forman parte de la deliberación de los miembros del jurado. Pero como base del veredicto, esas argumentaciones resultan absolutamente desconocidas para el juez, para las partes y para el público. Por lo tanto, la construcción del discurso que lleva a la decisión final no puede confrontarse a fin de establecer el modo en que se

³⁵ TARUFFO, Michele, *Simplemente...*, op. cit., pp. 36-37.

arribó a ella como expresión de la verdad procesal. Y esa imposibilidad tiene como directa consecuencia que no pueden controvertirse ni ser objeto de recurso alguno toda vez que los fundamentos en que se ha basado el veredicto del jurado son secretos.

Si de la búsqueda de la verdad procesal se trata, hay en el sistema de enjuiciamiento con tribunales de jurado otro ingrediente que muestra otra limitación a la búsqueda de la verdad como objeto o fin del proceso.

VII. CONCLUSIONES

Desde el punto de vista epistemológico la búsqueda de la verdad encuentra diversas dificultades.

Los estudios de la teoría del conocimiento han demostrado que la investigación de un hecho histórico como es el delito se ve sujeta a todos los inconvenientes derivados de constituir un hecho del pasado.

Las limitaciones a la investigación penal derivadas de la necesidad de preservar otros valores en juego en los procesos, sobre todo aquellos relacionados con garantías constitucionales que preservan derechos fundamentales, constituyen otro elemento que en ocasiones obstaculiza la búsqueda de la verdad.

La verdad que puede obtenerse en el proceso penal es la verdad "procesal" o verdad "consecuencia", es decir, la verdad que resulta de obtener el estado subjetivo de certeza que permite fundar suficientemente la fiabilidad de la acusación y permite desechar hipótesis alternativas.

Confrontando los sistemas acusatorios formales con los adversariales, en éstos últimos la búsqueda de la verdad pierde consistencia frente a la preocupación central que es la de desarrollar un juicio justo en el que exista igualdad de armas entre las partes.

Los procedimientos especiales contemplados en las leyes procesales y que tienen base en acuerdos entre acusador y víctima dejan de lado o, cuando menos, disminuyen la importancia de la obtención de la verdad procesal.

En los tribunales de jurado popular, los motivos del veredicto resultan inescrutables. Como consecuencia de ello las partes ven notoriamente limitada o dificultada una posterior revisión o análisis ante la posibilidad de error en aquel veredicto.

Bibliografía

ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios de Justicia Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988, Tomo I.

BOVINO, Alberto, *Principios políticos de procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960, Tomo I.

DAMASKA, Mirjan, *El Derecho probatorio a la deriva*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

FERRER BELTRÁN, Jordi, - *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

- *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, Ed. Ubijus, México, 2012.

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una aproximación a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Ed Hammurabi, Colección Claves del Derecho Penal, vol. 1, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Trad. de Daniela Córdoba y Daniel Pastor, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, el Juez y la construcción de los hechos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 3° ed. actualizada por Manuel Ayán y José Cafferata Nores, Tomo II.

LAS PARTES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE NICARAGUA¹

María Milagros Cuadra Chiong
Profesora de la Universidad Centroamericana (UCA)
y de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN-LEÓN)

I. INTRODUCCIÓN

Debemos recordar que la existencia o no de las partes ha sido polémica, surgida en el campo del Derecho Procesal Civil y con antecedentes en el Derecho Romano, la de partes es una categoría procesal que ha evolucionado desde un concepto originario de naturaleza material, fundado en el derecho subjetivo que se quiere hacer valer a través del juicio².

Para MONTERO AROCA, *parte* es quien actúa en el proceso pidiendo del órgano jurisdiccional una resolución judicial, esto es, quien promueve la actuación del órgano jurisdiccional aportando el material para la resolución de contenido determinado que postula, quien en síntesis participa de la contradicción en que se resuelve todo proceso³.

¹ Este artículo es producto de una investigación que culminó en Tesis Doctoral, denominada *La jurisdicción penal de menores en Nicaragua*, dirigida por el Catedrático José Martín Ostos. *Las partes en el Código de la Niñez y la Adolescencia* es un apartado del Capítulo IV de la investigación. El trabajo no hubiera sido posible sin el continuo compromiso de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo - Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, otorgándome la beca (MAEC-AECID).

² TIJERINO PACHECO, José María, *Concepto formal de parte* en Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense en TIJERINO PACHECO, José María y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinadores), *Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 152.

³ MONTERO AROCA, Juan, Las partes MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional III, Proceso penal*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 63.

El sistema acusatorio da lugar a un verdadero proceso de partes, que no inicia sino es por el ejercicio de la acción por la parte actora, no se perfecciona si no es con la presencia y participación del acusado y, aunque avance a pesar que el actor no cumpla las cargas que su condición le impone, no puede llegar a su culminación si la acción no es sostenida en juicio para que dirima el órgano jurisdiccional⁴.

Es así, que las partes en un proceso no son todos los sujetos que en él intervienen o pueden intervenir y que sean distintos de los miembros del órgano jurisdiccional. Así, podemos decir que sólo son *partes* en principio, el sujeto o los sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquél o aquéllos respecto de los cuales o frente a los cuales se pide esta tutela. Pero, más precisamente aún, *partes son*, únicamente, los sujetos a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del tribunal, ya conceda o deniegue la tutela pedida, ya establezca que no puede pronunciarse sobre ella en ningún sentido⁵.

Tomando en consideración la definición anterior, a continuación, nos referiremos al *menor infractor*, a su defensa y a sus padres, así como a la *víctima* de la infracción penal cometida por el menor, como sujetos que intervienen en el proceso penal de menores. Por tratarse de una justicia especializada, los padres adquieren como lo veremos a lo largo del estudio, un papel importante en el proceso contra el menor infractor.

Debemos destacar que el Código Procesal Penal, denomina el Título III del Libro I "De las partes y sus auxiliares"; no obstante, el Código de la Niñez y la Adolescencia no hace una regulación sistemática de las partes, tímidamente habla de cada una de ellas; por tanto, debemos atender la supletoriedad que ese cuerpo legal hace sobre la materia en estudio⁶.

⁴ TIJERINO PACHECO, José María, *Concepto formal de parte* en Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense en TIJERINO PACHECO, José María y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinadores), *Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense*, obra citada, pág. 153.

⁵ Véase DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Las partes del proceso civil: concepto, capacidad y legitimación* en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de derecho procesal civil I, Parte General*, editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pág. 399.

⁶ Artículo 233 del Código de la Niñez y la Adolescencia: "A falta de disposiciones especiales en el presente Código, se aplicarán supletoriamente a este Código las disposiciones del Código Pro-

II. EL MENOR INFRACTOR: SITUACIÓN LEGAL EN NICARAGUA

El derogado Código de Instrucción Criminal de 1879 establecía la competencia del Juzgado de Distrito del Crimen sobre el infractor mayor de diez años y menor de dieciséis (artículo 390). Posteriormente, el Reglamento de la Ley Tutelar de Menores de 17 de septiembre de 1975 disponía la competencia del Tribunal Tutelar de Menores sobre los infractores de edad comprendida entre los diez y los dieciocho años (artículo 21).

Actualmente, con la entrada en vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua⁷ en 1998⁸ se hace una distinción entre *niños* y *adolescentes*, y a la vez proporciona una definición, considerando como *niños* a los que no han alcanzado los trece años de edad; define como *adolescentes* a todas las personas con edades comprendidas entre los trece años y que no hayan cumplido los dieciocho años de edad, y a los cuales se les atribuye la comisión o participación en un hecho delictivo; es decir, son los destinatarios de dicho Código; en atención a esta definición debemos entender que se homologa el termino menor con el de adolescente.

Para concretar el tratamiento jurídico del menor, en el Código de la Niñez y la Adolescencia se han establecido tramos de edades que determinan la aplicación de distinto régimen jurídico en caso de la comisión de infracción penal tipificada como tal en el Código Penal o en leyes penales especiales; así, distingue:

a) Menores de trece años, b) Mayores de trece años y menores de quince años y c) Mayores de quince años y menores de dieciocho años de edad.

cedimiento Civil y el de Instrucción Criminal y sus reformas y cualquier otra disposición legal aplicable Procedimiento Civil y el de Instrucción Criminal y sus reformas y cualquier otra disposición legal aplicable". Advertimos que el Código Procesal Penal derogó al Código de Instrucción Criminal de 1879; por lo tanto, cuando el Código de la Niñez y la Adolescencia habla de Código de Instrucción Criminal se aplicará el Código Procesal Penal.

⁷ Abreviado CNA.

⁸ Artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua: "El presente Código considera como niña y niño a los que no hubiesen cumplido los 13 años de edad y adolescentes a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad, no cumplidos".

El Código de la Niñez y la Adolescencia determina los derechos del menor imputado desde el mismo momento del inicio del expediente, por lo que cabe señalar que la Ley no sólo atribuye al menor infractor responsabilidad penal, sino que les dota de una serie de derechos, que son:

- Derecho a ser representado desde su detención y oído en el ejercicio de su defensa.
- Derecho a que se le respeten y contar con las garantías del debido proceso.
- Derecho a proponer prueba e interponer recursos.
- Derecho a que se motive la medida que se le aplicará, que será solicitada por el Ministerio Público en su debido momento procesal.

Esos derechos son de índole procesal, por ser el menor sujeto interventor del proceso, y de índole asistencial, por su condición de menor de edad, necesitado de especial protección sin confundir con una intervención paternalista. Es así que el proceso penal de menores tiene en el infractor su núcleo de atención; por tanto, esa disciplina jurídica reconoce la existencia de un estado de minoridad distinguible y vigente en la realidad.

Consideramos que, de cara al futuro, habría que plantearse la modificación del límite inferior de edad establecido en el Código de la Niñez y la Adolescencia que actualmente es 13 años, en el sentido de contemplar la posibilidad de reducirlo, es decir, ampliar la competencia de la jurisdicción penal de menores a uno o dos años más. La cambiante tecnología⁹, el acelerado desarro-

⁹ En ese sentido manifiesta PÉREZ LUÑO, Antonio: “En la sociedad tecnológica de nuestro tiempo los ciudadanos más sensibles a la defensa de los derechos fundamentales se sienten crispados o atemorizados porque advierten que las conquistas del progreso se ven contrapuntada por graves amenazas a su libertad, su identidad o incluso su propia supervivencia. La ciencia y la tecnología han mantenido en los últimos años un ritmo de crecimiento exponencial, que no siempre ha tenido puntual reflejo en la evolución en la conciencia ética de la humanidad. Por ello, las trampas liberticidas subyacentes en determinados empleos abusivos de la cibernética o de la informática, el peligro de la catástrofe ecológica, o la psicosis de angustia que genera la amenaza latente de un conflicto atómico, son el trasfondo terrible que amenaza el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y acecha con invalidar los logros del progreso”. *Los derechos fundamentales*, 11ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 72.

llo físico, biológico e intelectual del menor, etcétera, pueden explicar nuestra propuesta¹⁰.

III. LA DEFENSA DEL MENOR EN NICARAGUA

El derogado Código de Instrucción Criminal de 1879, en el Título XVII, dedicado *Al modo de proceder cuando el Reo es un menor o demente*, no regulaba el ejercicio de la defensa del menor infractor y la necesidad de ésta en el proceso

¹⁰ GIMÉNEZ-SALINAS, Esther y GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, al respecto afirman que: “Establecer el límite de edad demasiado bajo supone establecer una exigencia de responsabilidad de carácter judicial (puesto que responsabilidad existe siempre), incompatible con correcto desarrollo de la personalidad del niño. En cambio, poner el límite demasiado alto puede aparentemente ser más *educativo*, más *protector*, pero comporta riesgos muy graves para los propios menores. En primer lugar, porque difunde en la sociedad una sensación de impunidad frente a comportamientos, a veces graves, de los jóvenes, que puede dar lugar a actitudes sociales de rechazo más punitivas que las propias de la justicia y sobre todo, sin ningún tipo de garantía para los jóvenes. Y, en segundo lugar, porque al mismo tiempo establece un parámetro de *desresponsabilización* de los propios jóvenes pernicioso para todos ellos como categoría social, pero, sobre todo, pernicioso para los jóvenes más débiles desde el punto de vista social. *Jóvenes y cuestión penal*, en España, ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (coordinador), *Revista jueces para la democracia. Información y debate*, número 3, Madrid, abril, 1988, págs. 24-25.

En palabras de MARTÍN OSTOS, José: “El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima algún, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etcétera). Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional. Comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Nicaragua: (I) Aspectos generales. Derechos y garantías fundamentales en Anuario de Justicia de Menores, número XII, editorial Astigi, Sevilla, 2012, pág. 207. Contraria a nuestra reflexión expone POZUELO PÉREZ, Laura: “Introducir el arsenal punitivo del Derecho penal en la vida de un niño tiene que estar muy justificado, pues conlleva un importante riesgo de estigmatizarle, criminalizarle y desocializarle. La restricción tan grave de derechos que puede llegar a suponer la imposición de una sanción penal a tan temprana edad sólo se legitima cuando resulta estrictamente necesario, cuando hay razones serias de necesidad de prevención de delitos”. *Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad* en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (Director), *La protección jurídica del menor*, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Número 21, primer semestre, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2013, pág. 145.

de menores, es claro que su carácter inquisitivo imperaba sobre los derechos de los menores infractores.

La Ley Tutelar de Menores de 1973 y su Reglamento¹¹ establecían amplias facultades para el abogado defensor del menor infractor, entre las cuales podía presentar todas las pruebas que estimara conveniente para cargo o descargo de los hechos cometidos por aquél en cualquier fase de la investigación.

Así mismo, facultaba a la defensa para que solicitara al Juez una audiencia privada y poder expresar la situación familiar del menor, a fin de que esa información fuera tomada en consideración por el órgano judicial al momento de emitir su resolución sobre el menor.

A pesar del carácter inquisitivo propio de la Ley y su Reglamento, la defensa tenía amplias facultades de actuación a favor del interés de su menor defendido, tanto en la propuesta de pruebas, como en las medidas a imponerse. Este fue un avance procesal respecto al Código de Instrucción Criminal de 1879.

El actual Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua de 1998, acertadamente, establece la importante labor a realizar por la defensa (pública o privada) del menor infractor en el proceso que regula el mismo; establece participación en todas y cada una de las fases del proceso; tiene derecho a conocer en todo momento el contenido del expediente; puede proponer pruebas, así como solicitar la aplicación de determinadas medidas y su revisión. La participación de la defensa es activa en todas las fases a través de escritos, peticiones, recursos, todo para garantizar el interés superior del menor infractor.

Es preciso señalar que se le garantiza al menor infractor la posibilidad de la defensa pública especializada, sin que esto implique la denegatoria del derecho a elegir defensor particular. En atención a ello, en el proceso penal de menores, se contempla también el principio de libertad de elección del defensor; por tanto, el Código de la Niñez y la Adolescencia en ese caso no exige a ese defensor particular una especialidad en la materia de menores; debe entenderse que es

¹¹ Título IV De la defensa y sus recursos, Capítulo I, artículos 65 a 67 de la Ley Tutelar de Menores de 1973, y el Reglamento de la Ley Tutelar de Menores regula en el Título IV, Capítulo único de la Defensa y los recursos en sus artículos 58 al 62.

nombrado por el menor y sus familiares, atendiendo a la confianza que tengan en él¹².

Pero, cabe la posibilidad de que el menor infractor sea de escasos recursos económicos; en ese supuesto, el menor podrá solicitar la intervención de un Defensor Público, garantizado por el Estado de forma gratuita para cada una de las etapas en las que se considere al menor como presunto autor de un hecho delictivo. Por tanto, la defensa debe estar presente desde la investigación del hecho hasta la ejecución de la medida impuesta al menor.

Esa garantía por parte del Estado nicaragüense se materializa a través de la Defensoría Pública de la República de Nicaragua, que es la Institución que designa un Defensor Público al menor infractor que no pueda acceder a una Defensa Particular o Privada. Para ello, la Defensoría Pública como parte del Poder Judicial ha creado una red de defensores públicos, integrada por profesionales del derecho con capacitación adecuada en la materia¹³.

El abogado defensor interviene en todos los actos del procedimiento en que la presencia o actuación del menor está prevista por el Código de la Niñez y la

¹² “La asistencia de un Abogado es recomendable para quien pretende obtener una tutela jurisdiccional o defenderse frente a una reclamación judicial, ya que el éxito de las pretensiones que se formulan ante los Tribunales depende en mucha medida, por un lado, de que éstas se hayan formulado acertadamente, seleccionando de manera correcta los hechos que sean jurídicamente relevantes y fundamentando sólidamente en Derecho las peticiones que se dirijan al Tribunal y, por otro, de que se aprovechen de manera adecuada las diferentes oportunidades de actuación procesal que la Ley concede a cada parte. Y para lograr todo esto son prescindibles conocimientos jurídicos especializados que la generalidad de los litigantes no posee”. VEGAS TORRES, Jaime, *El personal al servicio de la Administración de Justicia* en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de derecho procesal civil I Parte General*, editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pág. 71.

¹³ Artículo 230 del CNA: “El Poder Judicial organizará una oficina de Defensa Pública para efectos de garantizar que los adolescentes sean asistidos y asesorados por un defensor especializado”. Artículo 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua: “La Dirección de Defensores Públicos es un órgano que depende de la Corte Suprema de Justicia y goza de autonomía en sus funciones; está a cargo de un Director y un Sub-Director, nombrados para un período de cinco años y designados por concurso” y el artículo 212 de ese mismo cuerpo legal establece: “Derecho a la Defensa Pública. La Dirección proveerá de un defensor público cuando se lo soliciten verbalmente o por escrito personas que no tengan la capacidad económica, previamente comprobada para sufragar los gastos de un Abogado particular (...)”.

Adolescencia; es decir, durante las diligencias que se practiquen, en la investigación preliminar y en el proceso judicial, proponiendo y solicitando la práctica de diligencias pertinentes, con atención al entorno familiar y social en el que se ha desarrollado el mismo.

De ese modo, el abogado defensor del menor se constituye en un nuevo elemento de protección del interés superior del menor; incluso en la fase instructora (de investigación) en la que el Ministerio Público ha de desempeñar esa función, no sólo con imparcialidad, sino como protector del interés del menor; también, la intervención de la defensa se hace necesaria, incluso desde antes del inicio del expediente, es decir, desde el momento en que se produce la detención del menor¹⁴, ya que el Código de la Niñez y la Adolescencia establece que *“no podrá recibírsele ninguna declaración al adolescente sin la asistencia de su defensa, so pena de nulidad”*¹⁵.

La defensa procesal se llevará a cabo paralelamente con el derecho de las víctimas. De esta forma, se establece el equilibrio entre los derechos de las partes en el juicio, ya que, de acuerdo con el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Estado debe garantizar este derecho sin excluir a ningún adolescente. Ese equilibrio previsto por el CNA, entre Defensa y Ministerio Público, busca garantizar la imparcialidad del juez. En resumen, el ejercicio de la defensa del menor debe tener presencia en todas las etapas del proceso.

IV. LOS PADRES O REPRESENTANTES DEL MENOR INFRACTOR EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE

El Código de Instrucción Criminal no hacía referencia a la intervención de los padres del menor durante el proceso penal que se desarrollaba en contra de su hijo.

¹⁴ El artículo 118 del Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua establece cuándo inicia la función del defensor del menor imputado: “Todo adolescente a quien se le atribuya la comisión o participación en un delito o falta, tendrá derecho desde su detención e investigación a ser representado y oído en el ejercicio de su defensa...”.

¹⁵ Artículo 122 del Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua.

La Ley Tutelar de Menores de 1973 establecía la intervención, colaboración y obligación de los padres del menor para garantizar el cumplimiento de determinadas medidas que eran impuestas por el Juez Tutelar de Menores al infractor; disponía que en casos específicos la continuidad de convivencia entre el menor infractor y sus progenitores era perjudicial; en ese supuesto se aplicaba la medida de sustitución del hogar de forma inmediata. De tal modo, la referida Ley establecía la función de los padres del menor respecto a éste únicamente en la ejecución de las medidas.

En la actualidad, el Código de la Niñez y la Adolescencia regula la *colaboración* de los padres del menor o de los representantes de aquél en las diversas etapas del proceso. Establece que la declaración del menor ante el Juez Penal de Distrito de Adolescentes debe realizarse en presencia de los padres o tutores de aquél cuando sea posible; en efecto, la no asistencia de éstos no imposibilita ni anula el acto. Pueden de igual forma *comparecer o no* a la audiencia de juicio oral; en caso de ausencia, la tramitación del juicio continuará hasta finalizar.

A nuestro juicio, lo útil jurídicamente es la participación obligatoria de los progenitores o en su caso de los representantes del menor durante la audiencia de juicio oral; con ellos el infractor podría sentir respaldo, confianza y voluntad de colaborar con el proceso que se sigue en su contra; lograrían contribuir aportando datos necesarios y oportunos relativos a la conducta del menor y sobre su convivencia familiar.

Además, esa colaboración de los padres deviene de la obligación que tienen por involucrarse en la situación jurídica del menor infractor, lo cual se fundamenta en que están legitimados para la educación de aquél; el apoyo de los padres es preciso para que el menor pueda continuar con su proceso de formación del que ellos han debido formar parte y deben continuar formando. Pero esa asistencia de los padres o representantes del menor es solamente posible cuando se considere beneficiosa para aquél.

En lo que hace a la detención del menor, el Código de la Niñez y la Adolescencia obliga a que la autoridad que ejerza la misma esté obligada de forma inmediata a situar a los padres del mismo, so pena de nulidad de todo lo actuado

por la autoridad¹⁶. La finalidad es que el menor debe estar representado por sus progenitores o representantes de forma rápida, quienes deben realizar las primeras acciones en beneficio del infractor como buscar defensa para que se garanticen los derechos del detenido.

Convendría que el CNA estableciera que la participación de los progenitores o representantes del menor durante el proceso que se sigue en su contra es *una obligación* y no una facultad; durante la instrucción aportarían la información relativa a la vida del menor y sus circunstancias; en el juicio el menor se sentiría fortalecido y respaldado; y en la etapa de ejecución intervendrían con mayor esfuerzo para obtener la reinserción de éste a la sociedad, puesto que son éstos los legitimados de la educación del menor¹⁷.

En caso contrario, si el Juez de Distrito Penal del Adolescente percibe que los padres o progenitores han sido descuidados en su formación y enseñanza podrán ser advertidos por su conducta, haciéndoles ver que han dejado de cumplir con su obligación¹⁸.

Pero no siempre la convivencia y presencia de los padres es favorable para el desarrollo y formación del menor; puede ocurrir que la misma sea perjudicial

¹⁶ “Entre los deberes y facultades derivados de la patria potestad está la representación legal, que, atribuida en primer término a los padres, les permite y les encomienda actuar en nombre del menor en el mundo jurídico, y concretamente, para ejercitar los derechos de los que aquél es titular cuando aún carece de madurez suficiente para ejercitarlos por sí mismo o cuando la ley impone necesariamente la actuación del representante legal”. LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, *Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los niños* en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coordinación), *Los menores en el Derecho español*, editorial Tecnos, 2002, pág. 130.

¹⁷ En ese sentido afirma CUELLO CALÓN, Eugenio: “La asistencia de los padres dará al acto de la audiencia un sentido íntimo y familiar; el niño, si la presencia del Juez le asusta, se sentirá confor-tado con la presencia de los padres; éstos además podrán suministrar al Juez datos importantí-simos sobre el niño”. *Tribunales para niños*, ediciones de Victoriano Suárez, Madrid, 1917, pág. 80.

¹⁸ Al respecto, en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones, queda asentada, en su artículo 3, la prioridad del principio del interés superior del menor en todas las actuaciones que tengan relevancia sobre los menores. En el artículo 5, establece: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

en la vida de éste; para ese caso el Código de la Niñez y la Adolescencia prevé el cambio inmediato de núcleo del menor, todo en función del interés superior, el cual deberá ser declarado formalmente por el órgano judicial tomando como base el informe realizado por el equipo técnico interdisciplinario¹⁹, regulación que nos parece acertada²⁰.

V. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO DE MENORES

En relación al proceso penal de menores, no puede obviarse la existencia de una importante tendencia doctrinal propensa a restringir e, incluso suprimir, la intervención de la víctima en el mismo. El principal argumento que se utiliza de base a tal pretensión se refiere a la identificación de las actuaciones propias de la víctima con una motivación vindicativa, que entraría en contradicción con los fines reeducativos y de atención al interés superior del menor que inspiran tal proceso. Precisamente por la tradicional identificación del interés social con el interés del menor, las expectativas del otro protagonista indiscutible del conflicto, la víctima, han sido relegadas a un segundo plano²¹.

Aunque el proceso penal se sigue contra el presunto autor de una infracción y en el mismo el Estado persigue aplicar el *ius puniendi*, constituyendo el imputado el eje principal en torno al cual gira dicha actividad procesal, no cabe duda de que la víctima también se presenta en el ilícito penal como un elemento de gran importancia. Se trata de quien ha padecido los efectos perjudiciales de la

¹⁹ Afirma LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel: “El que los padres, por el hecho de serlo, tengan atribuido un amplio conjunto de derechos o facultades no significa que el ordenamiento jurídico les sitúe en una posición de poder absoluto respecto de sus hijos; el principio general de prevalencia del interés superior del niño y los límites específicos del concreto ámbito de actuación de que se trate, todos ellos garantizado por la autoridad judicial, constituirán los ejes sobre los que habrá de configurarse el desenvolvimiento del ejercicio de la patria potestad”. *Principios rectores de la normativa aplicable al menor. El principio del interés superior del niño*, en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coordinación) y varios autores, *Los menores en el Derecho...*, obra citada, pág. 155.

²⁰ La Convención de los Derechos de Niño establece en su artículo 18: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

²¹ MARTÍN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 190.

conducta delictiva y, por tanto, a quien en cierta manera hay que compensar con la responsabilidad dimanante del hecho delictivo²².

Por tanto, la presencia de la víctima en el proceso de menores siempre ha sido un tema problemático, provocando enardecidas actitudes, aunque, como apunta GONZÁLEZ ZORRILLA²³, todo se reconduce a la iniciativa adoptada dentro de los tres diferentes modelos existentes con relación al tratamiento de un menor que ha cometido un hecho delictivo.

Estos sistemas corresponden con la evolución que ha existido en el mundo respecto a cómo afrontar el acontecimiento cuando un menor, adolescente o joven comete una acción que la sociedad considera injusta, reprochable y con relación a lo que se decide realizar, como aconseja la política criminal del momento, una actuación determinada.

De esta forma, ya fuese desde el modelo inicial de *protección o paternalista* (buscando corregir, liberar y diferenciar a los niños de los adultos, e intentando adaptar y reeducarlos en principios morales superiores, de conformidad con las normas de cultura predominantes en el lugar y tiempo proyectados por la sociedad, aunque no hubiesen cometido un hecho delictivo –vagos, licenciosos–, configurando al final un sistema penalista más duro y sin garantías que el de éstos), ya el posterior y contrario, el *educativo o no intervencionista*, la víctima no ocupó nunca un papel relevante, hasta que en el llamado *jurídico o de responsabilidad*, de forma paralela al establecimiento de un sistema de garantías y derechos, se comienza a entender que el menor es responsable de sus actos y de las consecuencias sociales que éstos tienen.

1. La víctima en la justicia penal de menores en Nicaragua

El Código de Instrucción Criminal de 1879, consecuente a su influencia inquisitiva, no reconocía los derechos de la víctima en el proceso penal cuando era un menor el que cometía una infracción penal.

²² MARTÍN OSTOS, José, *Aspectos generales de la justicia de menores* en El experto universitario en la justicia de menores, editorial Astigi, Sevilla, España, 2008, pág. 102.

²³ GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, *La Justicia de Menores en España*, Epílogo y traducción a DE LEO, Gaetano, *La Justicia de Menores. La Delincuencia Juvenil y sus Instituciones* editorial Teide, Barcelona, 1985, pág. 125.

La derogada Ley Tutelar de Menores de 1973 tampoco reconoció los derechos de la víctima, así como su participación en el proceso penal de menores; a nuestro parecer la falta de regulación era consecuencia del sistema inquisitivo que estaba presente en dicho cuerpo legal; así, asignaba protección y tutela únicamente al menor infractor quien ocupaba el papel central del proceso.

En la actualidad, el proceso penal de menores regulado por el Código de la Niñez y la Adolescencia, y por supletoriedad por el Código Procesal Penal –CPP–, adopta el modelo de responsabilidad del menor; en consecuencia, otorga amplia participación a la víctima en la jurisdicción de menores.

La definición de víctima se establece en el artículo 109 del Código Procesal Penal:

1. La persona directamente ofendida por el delito;
2. En los delitos cuyo resultado sea la muerte o la desaparición del ofendido, cualquiera de los familiares, en el siguiente orden:
 - a) El cónyuge o el compañero o compañera en unión de hecho estable;
 - b) Los descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad;
 - c) Los ascendientes hasta el segundo grado de consanguinidad;
 - d) Los hermanos;
 - e) Los afines en primer grado; y,
 - f) El heredero legalmente declarado, cuando no esté comprendido en algunos de los literales anteriores;
3. La Procuraduría General de la República, en representación del Estado o sus instituciones, y en los demás casos previstos en el presente Código y las leyes;
4. Los socios, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica.

El CNA, el CPP y la Ley Orgánica del Ministerio Público de Nicaragua regulan los derechos de la víctima en el proceso penal de menores y las diversas actuaciones que ésta tiene en esa jurisdicción. Se establece que el Ministerio Público

tiene la facultad de ejercer la acción penal aún de oficio en los delitos de acción pública a instancia particular cuando la víctima es menor de dieciocho años. También, por delitos reservados exclusivamente a la querrela privada, cuando los ofendidos sean personas incapaces o con problemas de discapacidad, siempre que carezcan de representante legal²⁴. Su ejercicio cesará cuando el Representante legal se acredite y apersonare ante la autoridad competente.

En consecuencia, la representación de la víctima en el proceso penal de menores es facultad del Ministerio Público, quien a su vez ejerce la acción penal. Pero, en determinados casos²⁵, el Fiscal puede declinar de acusar al menor infractor; ante esa posibilidad, el Código de la Niñez y la Adolescencia regula el derecho que le asiste a la víctima de acusar directamente o por medio de un representante legal en los casos de los delitos de acción privada y acción pública a instancias privada, ante el Juez respectivo con las facultades, atribuciones y responsabilidades del Ministerio Público; además, tiene derecho de recurrir en la vía civil correspondiente, en cualquier clase de delitos.

El Código de la Niñez y la Adolescencia; por lo tanto, reconoce a la víctima el legítimo derecho a constituirse en calidad de parte principal como acusador particular; igualmente, tiene derecho a ser reparada del daño o perjuicio sufrido por el delito cometido por el menor; para que esta reparación proceda será necesario el consentimiento de la misma²⁶.

También, a la víctima se le confiere la posibilidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando pruebas, o como acusador particular cuando

²⁴ Artículo 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Nicaragua.

²⁵ Artículo 155 literal b del Código de la Niñez y la Adolescencia regula una de las circunstancias en la que el Fiscal se abstiene de ejercer la acción penal: “La desestimación del proceso, cuando considere que no existe fundamento para promover la acusación, que debe aplicarse un criterio de oportunidad o por cualquier condición objetiva o subjetiva de los hechos (...)”. Artículo 160 del CNA establece: Cuando el representante del Ministerio Público solicite la desestimación o el sobreseimiento, el Juez Penal de Distrito del Adolescente, previo dictamen de la víctima u ofendido resolverá conforme a Derecho. De la resolución, la Fiscalía y la víctima u ofendido podrán recurrir de apelación, la cual se tramitará conforme al procedimiento ordinario del presente Código.

²⁶ Artículo 200 del CNA: “La reparación de los daños a la víctima del delito consiste en resarcir, restituir o reparar el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá el consentimiento de la víctima”.

el Ministerio Público no ejerza la acción penal²⁷, pero, a nuestro juicio, en ese último aspecto el derecho de la víctima es abolido cuando ésta carece de recursos económicos que le permitan buscar los servicios de un abogado particular para que represente sus intereses durante el proceso y poder constituirse en acusador particular.

Podemos referir que al artículo 111 del Código Procesal Penal de Nicaragua, reglamenta la Asistencia especial a las víctimas, expresando que, por razones humanitarias, para asistir a las víctimas de escasos recursos, las escuelas y facultades de Derecho y organizaciones humanitarias, podrán proporcionar por medio de sus abogados asistencia jurídica gratuita.

Si bien, con esa regulación se entiende que el Estado nicaragüense concede una solución a las víctimas de insuficientes recursos económicos y un amplio derecho de participación al ser representadas, pero sobre la base del principio de igualdad que reconoce la Constitución Política de Nicaragua²⁸, se está discriminando a ese tipo de víctimas al establecerle una asesoría no de un profesional sino de un estudiante, que si bien, puede ser cualificada, igualmente puede no serlo por su misma condición²⁹.

²⁷ Así, a juicio de NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Pena*, Edisofer, Madrid, 2012, pág. 71: “En nuestra opinión es incorrecta la separación de la víctima de los procesos penales en cuanto a la posibilidad de la acusación. Es cierto que la imposición de penas es exclusiva del Estado, pero también lo es que la reparación de la víctima, aunque incluya daños materiales y morales, no siempre es económica. La víctima tiene un ansia, no ya de revanchismo, sino de ver que se hace justicia y que el sistema funciona. En la decisión de si esa ansia debe limitarse a la mera posibilidad de interponer denuncia, o bien puede ampliarse hasta la facultad de mantener la acusación, creo que tienen que pesar algunos factores que no siempre se toman en consideración.

La víctima muchas veces no se siente reparada sino contribuye a la persecución y al debido castigo de los hechos, y en estado sociológico de nuestros ciudadanos existe una *communis opinio* en que ello es legítimo. Téngase bien presente que tal actitud le cuesta dinero a la víctima pero pese a ello decide continuar adelante porque lo cree de justicia. Parece adecuado, en consecuencia, que el juez oiga también su punto de vista en el proceso, y no solamente el del ministerio fiscal”.

²⁸ Artículo 27 de la Constitución Política: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social”.

²⁹ La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, en su regulación sobre las víctimas de delitos establece: “Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción

Creemos que el derecho de la víctima no puede permanecer restringido por su dificultad económica; de esa forma sólo se estaría negando su acceso a la justicia. A nuestro juicio, en esa circunstancia corresponde a la Defensoría Pública representar a la víctima; esa institución, una vez comprobada la existente situación económica de la misma, debe asignar un Defensor Público para que represente sus intereses. Así, el principio de igualdad sería aplicado en la jurisdicción penal de menores; consecuentemente, el Estado nicaragüense, lejos de trasladar su responsabilidad a otra parte, instauraría mecanismos más eficaces para que las víctimas tengan un verdadero acceso a la justicia y evitar que sean revictimizadas ulteriormente por el sistema.

La participación de la víctima de escasos recursos, representada por la Defensoría Pública, es necesaria para obtener la tutela efectiva de sus derechos por parte del Estado nicaragüense, quien debe garantizar la igualdad entre las partes³⁰; se evitaría la impunidad del menor infractor³¹, la cual es contraria al interés

alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico”.

³⁰ En este sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere: “El Estado tiene la obligación de proveer a sus ciudadanos una debida protección judicial, cualquiera sea el agente al cual pueda atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular, ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de evitar que tal vulneración ocurra y si luego no brinda su protección judicial, en cierto modo la estaría auxiliando, porque la vulneración de tales derechos esenciales no solo puede estar en manos de la autoridad”. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 29/VII/88. Así mismo, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 establece: “que se les debe prestar asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial”.

Así mismo el artículo 21 de la LOPJN, establece: “A través del Poder Judicial, el Estado de Nicaragua garantiza el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales de la República para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica.

En el ejercicio de la acción procesal únicamente se exigirá el cumplimiento de los presupuestos de capacidad para ser parte y tener capacidad procesal. La administración de justicia en Nicaragua es gratuita. En todo caso, el cobro de aranceles por la prestación de determinados servicios judiciales deberá hacerse en la forma establecida por la ley”.

³¹ “La exigencia de responsabilidad penal a los menores de edad no se concibe como un instrumento de represión o de castigo a éste, en respuesta o como venganza por haber alterado el orden social, todo lo contrario. La finalidad de este proceso es procurar la reeducación y rehabilitación del menor para que pueda reincorporarse a la vida social, siendo éste también el interés

superior y a los principios que inspiran el proceso, y se incrementaría la confianza de la víctima en la justicia penal.

De conformidad con el artículo 91 del CPP, están legitimados para constituirse como acusador particular la víctima u ofendido. En caso de muerte, el mismo cuerpo legal establece el orden de prelación para sustituir a la víctima: el cónyuge o el compañero o compañera en unión de hecho estable; los descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad; los ascendientes hasta el segundo grado de consanguinidad; los hermanos; los afines en primer grado, y el heredero legalmente declarado.

La acusación particular o la querrela deberán ser presentadas ante el juez competente, según sea el caso. Cuando la acusación particular se presente una vez iniciado el proceso, lo deberá ser ante el juez de la causa.

La víctima u ofendido como parte del proceso penal de menores puede ejercer los siguientes derechos (artículo 110 del CPP):

1. Conocer oportunamente la propuesta de acuerdo mediante el cual el Ministerio Público prescindirá total o parcialmente de la persecución penal y hacer uso de sus derechos en los casos previstos en la Ley.
2. Ser oída e intervenir en las audiencias públicas del proceso, en las que se haga presente y solicite su intervención.
3. Solicitar medidas de protección frente a probables atentados en contra suya o de su familia.
4. Constituirse en el proceso como acusador particular o querellante, según proceda.
5. Ofrecer medios o elementos de prueba.
6. Interponer los recursos previstos en la Ley.
7. Ejercer la acción civil restitutoria o resarcitoria en la forma prevista por la Ley.

de la sociedad y del Estado". PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La intervención de la víctima en la instrucción del proceso penal de menores* en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coordinación penal) y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coordinación procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 197.

VI. REFLEXIONES

Consideramos necesaria una reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia, para que en este cuerpo legal se regule lo pertinente a las *partes* y evitar el abuso jurídico del principio de supletoriedad que este cuerpo legal establece en el artículo 233 el cual nos remite al Código Procesal Penal que efectivamente regula lo pertinente a la justicia ordinaria; sobre todo en lo relativo a la víctima ya que debe prevalecer y regularse un equilibrio jurídico de los derechos de ésta y del menor infractor por encontrarse aún en proceso de formación: física, psíquica y biológica.

Es conveniente establecer en el Código de la Niñez y la Adolescencia la intervención especializada de los defensores privados, a fin de que tengan los conocimientos necesarios de las circunstancias de los menores infractores; asimismo, se garantiza en el proceso penal de menores la aplicación del principio de especialización que rige para éste.

Para dar cumplimiento a lo anterior, el Poder Judicial, a través de Instituto de Altos Estudios Judiciales³², debe impartir cursos homologados para la formación especializada de los representantes legales de aquéllos y así puedan intervenir adecuadamente ante los órganos de la jurisdicción de menores, consiguiendo con eficiencia la aplicación de la normativa de tal materia, coadyuvando y

³² Artículo 78, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua: “La Escuela Judicial tiene como objetivo planificar, organizar, desarrollar y evaluar la formación, profesionalización y actualización sistemática de Secretarios Judiciales, Jueces, Magistrados de los Tribunales de Apelaciones, Registradores y Médicos Forenses; asimismo, impulsará y desarrollará la actividad investigativa en el campo de las ciencias jurídicas en interés de la consolidación del Poder Judicial”. Debemos señalar que la antes mencionada Escuela Judicial se denomina actualmente Instituto de Altos Estudios Judiciales, denominación que rige desde el día 1 de noviembre del año 2012, ya que el Consejo Nacional de Universidades (CNU) de Nicaragua, mediante resolución 12-2012 resuelve: “Autorizar el funcionamiento como Instituto Superior para la ejecución de postgrados e investigaciones en el área judicial y de la administración de justicia al Instituto de Altos Estudios Judiciales, con sede en la ciudad de Managua y adscrito a la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, tiene como misión: “El Instituto de Altos Estudios Judiciales tiene como misión “Especializar y complementar la formación de las y los profesionales judiciales y administrativos y otras personas actoras vinculados al campo de las ciencias jurídicas”, con amplios conocimientos científico-técnicos, mediante los programas de Formación Inicial, Formación Continua y postgrado desarrollando la investigación judicial y académica, innovando didácticas modernas con excelencia académica y ética, fomentando el acceso con equidad al sistema de justicia”.

participando en la solicitud de la medida educadora más acertada para el menor, una vez que se haya demostrado la culpabilidad del mismo; la defensa no puede olvidar la finalidad positiva del proceso para su representado. La necesidad de la especialización del defensor del menor infractor, también es recogida en el Decreto número 20-2006, "De la Política de Protección Especial a los Niños, Niñas y Adolescentes"³³.

Podemos decir en general que con el modelo de responsabilidad el Código de la Niñez y la Adolescencia regula, por fin, la posible y limitada presencia de un perjudicado en el proceso penal, y diseña una original forma de dotarlo de una acción reparadora frente al mal ocasionado por un joven infractor; unas veces, sólo con él a través de métodos conciliadores –art. 195 CNA–: antes, durante o después del procedimiento principal y, otras veces, mediante el ejercicio de una acción civil contra él y/o sus representantes legales o de hecho, bien en una pieza separada en el mismo expediente, bien en otro proceso en el orden civil ordinario –art. 95 CNA–.

Por tanto, la participación de la víctima u ofendido³⁴ está garantizada en las etapas del proceso desde su inicio hasta la culminación; ya sea como testigo, como parte necesaria en la conciliación, o en el desistimiento, puede estar presente en la etapa de juicio, y puede utilizar los recursos necesarios para salvaguardar sus intereses. Puede participar con o sin representación legal.

El Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua permite la representación o intervención de la víctima por medio de un representante legal –abogado particular–; con ello se evidencia la no exclusividad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal en la jurisdicción de menores y se garantiza a la

³³ Decreto 20-2006 Aprobado el 23 de marzo del 2006. Publicado en La Gaceta número 67 del 04 de abril del 2006: "La Corte Suprema de Justicia: Tiene bajo su responsabilidad la creación y funcionamiento de los Juzgados Penales de Distrito del Adolescente, con sus respectivas Oficinas de Ejecuciones y Vigilancia de las Sanciones Penales a los Adolescentes, así como garantizar la defensa pública para que los adolescentes sean asistidos y asesorados por un *defensor especializado*, tal y como lo establece el Código de la Niñez y la Adolescencia. En la actualidad, en Nicaragua, no existen Colegios de Abogados.

³⁴ A efectos del Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua, el ofendido es considerado sujeto de derecho, es la persona directamente afectada, o bien el representante de quien sufrió el daño.

víctima el derecho fundamental de tutela de sus intereses legítimos, se trate de delitos o de faltas. De esta forma, el CNA hace un esfuerzo por alcanzar un equilibrio entre el principio fundamental del interés superior del menor, la satisfacción social –no ajena a ese interés– y la protección de las víctimas.

Es así que la posición de la víctima en la jurisdicción penal de menores en Nicaragua es la de una parte principal actora que ejercita su derecho fundamental de tutela de sus intereses legítimos, se trate de delitos o de faltas. Derechos que puede exigir durante y después del proceso a través de la interposición de recursos (artículo 121 CNA).

Debemos reconocer que de esta forma el Código de la Niñez y la Adolescencia hace un esfuerzo por alcanzar un equilibrio entre el principio fundamental del interés del menor, la satisfacción social –no ajena a ese interés– y la protección de las víctimas.

Bibliografía

ÁLVAREZ CONDE, Enrique (Director), *La protección jurídica del menor*, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Número 21, primer semestre, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2013, pág. 145.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Tribunales para niños*, ediciones de Victoriano Suárez, Madrid, 1917, pág. 80.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Las partes del proceso civil: concepto, capacidad y legitimación* en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de derecho procesal civil I, Parte General*, editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pág. 399.

GIMÉNEZ-SALINAS, Esther y GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, Jóvenes y cuestión penal en España, ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (coordinador), *Revista jueces para la democracia. Información y debate*, número 3, Madrid, abril, 1988, 24-25.

GONZÁLEZ ZORRILA, Carlos, *La Justicia de Menores en España*, Epílogo y traducción a DE LEO, Gaetano, *La Justicia de Menores. La Delincuencia Juvenil y sus Instituciones*, editorial Teide, Barcelona, 1985, pág. 125.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, *Principios rectores de la normativa aplicable al menor. El principio del interés superior del niño*, en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coordinación) y varios autores, *Los menores en el Derecho español*, editorial Tecnos, 2002.

MARTÍN OSTOS, José, *Aspectos generales de la justicia de menores en El experto universitario en la justicia de menores*, editorial Astigi, Sevilla, España, 2008, pág. 102.

MARTÍN OSTOS, José, Comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Nicaragua: (I) Aspectos generales. Derechos y garantías fundamentales en Anuario de Justicia de Menores, número XII, editorial Astigi, Sevilla, 2012, pág. 207.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 190.

MONTERO AROCA, Juan, Las partes MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, Derecho jurisdiccional III, Proceso penal, 21ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 63.

NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Pena*, Edisofer, Madrid, 2012, pág. 71.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 11ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 72.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La intervención de la víctima en la instrucción del proceso penal de menores* en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis-TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coordinación penal) y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coordinación procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 197.

POZUELO PÉREZ, Laura, Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (Director), La protección jurídica del menor, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, número 21, primer semestre, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2013, pág. 145.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores* en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coordinación penal) y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coordinación procesal), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 28.

TIJERINO PACHECO, José María, Concepto formal de parte en Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense en TIJERINO PACHECO, José María y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinadores), Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 152.

VEGAS TORRES, Jaime, *El personal al servicio de la Administración de Justicia* en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, Curso de derecho procesal civil I Parte General, editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pág. 71.

Normas

Asamblea Nacional Constituyente, Ley Tutelar de Menores, Ley N° 107 de 14 de marzo de 1973, publicado en la *La Gaceta, Diario Oficial* N° 83 de 13 de abril de 1973.

Asamblea Nacional Constituyente, Reglamento de la Ley Tutelar de Menores de 17 de septiembre de 1975.

Asamblea Nacional, Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 287, aprobado el 24 de marzo de 1998, publicado en *La Gaceta, Diario Oficial*, N° 97 del 27 de mayo de 1998.

Asamblea Nacional, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, Ley N°. 406, aprobada el 13 de noviembre del 2001, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 243 y 244 del 21 y 24 de diciembre del 2001.

Asamblea Nacional, Texto de la Constitución Política de Nicaragua publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, N° 32 del 18 de febrero de 2014.

Código de Instrucción Criminal aprobado mediante Decreto el 29 de marzo de 1879.

Asamblea Nacional, Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley N 346, aprobado el 2 de mayo del 2000, publicado en la Gaceta, Diario Oficial N 196 del 17 de octubre del 2000.

Asamblea Nacional, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua (con sus reformas) Ley No. 260, aprobada el 7 julio 1998, publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 137 del 23 julio 1998.

Asamblea Nacional, Decreto 20-2006 aprobado el 23 de marzo del 2006. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial, N° 67 del 04 de abril del 2006.

Instrumentos jurídicos internacionales

Declaración de los Derecho del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución número 1386 el 20 de noviembre de 1959.

Convenio 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de los delitos violentos.

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros de 28 de junio de 1985.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

LA INTERVENCIÓN SOBRE MENORES DE 14 AÑOS EN CONFLICTO SOCIAL

Elisabet Cueto Santa Eugenia
Investigadora de la Universidad de Oviedo

I. DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE REFORMA Y PROTECCIÓN DE MENORES: UN LOGRO AMENAZADO

Distinguir debidamente las situaciones en que los menores están en riesgo social de aquellas en que son el sujeto infractor resulta de vital importancia para asegurar un correcto tratamiento de los menores en contacto con el sistema judicial¹. Se trata de una distinción compleja, dado que históricamente se ha tendido a dar una visión paternalista a los fenómenos de delincuencia juvenil, achacando las conductas antisociales o infractoras de los menores de edad, al hecho de que éstos estuvieran desamparados –los tribunales tutelares son buena prueba de ello–. En ocasiones ambas cuestiones están íntimamente relacionadas, pero son asuntos que resulta imprescindible separar, –por el bien de los propios menores y del sistema de justicia juvenil, en general–.

En este sentido, resulta necesario recordar que en el modelo legal previo a la LORPM², la figura del menor infractor estaba más cerca de la figura de víctima que de la de infractor, debido a su condición de menor. Así, el modelo tutelar de menores presentaba la problemática de no separar debidamente a los menores infractores de los menores en riesgo de exclusión social³.

¹ Vid. GONZÁLEZ RUS, Juan José, “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), SUÁREZ LÓPEZ, José María (coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio Jurídico)*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 103-105.

² Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

³ A este respecto: Vid. GARRIDO, Vicente, LÓPEZ, Enrique, SILVA, Teresa, LÓPEZ, María Jesús,

Los menores en riesgo social son aquellos en una situación desamparada, que el Estado tiene el deber de proteger y educar para que se desarrollen de manera adecuada, mientras que el menor infractor es aquel que ha cometido un ilícito tipificado. Tal como ha sido previamente mencionado, históricamente ambas figuras estaban asimiladas, dado que el legislador consideraba que el hecho de estar en riesgo social era lo que impulsaba al menor de edad a cometer infracciones. Sin embargo, nuestro sistema ha ido evolucionando desde el *modelo tutelar*, que mezclaba ambas situaciones y procuraba proteger tanto a los menores en riesgo social como a los menores infractores, hacia otros modelos que sí distinguen al menor infractor del menor en riesgo, como el de *justicia* o el de *bienestar social*. El *modelo de justicia* trata de aplicar el sistema penal de adultos a las situaciones de menores infractores, mientras que el *modelo de bienestar social* procura que la intervención con menores infractores tenga unas características propias que lo distingan del sistema de adultos. En la actualidad nuestro sistema resulta de la confluencia de ambos modelos, tratándose de un mecanismo jurisdiccional que incorpora las garantías del proceso penal, pero contiene elementos del modelo de bienestar⁴.

En nuestro país el sistema resultante tras esta evolución, sin embargo, resulta de aplicación únicamente a los menores de entre 14 y 18 años⁵. Así, la respuesta

MOLINA, Pedro; *El Modelo de la Competencia Social de la Ley de Menores, Cómo predecir y evaluar para la intervención educativa*, Tirant lo Blanch, Consejería de Trabajo y Política Social de la Región de Murcia, Valencia, 2006.

Vid. FERNÁNDEZ MOLINA, Esther; RECHEA ALBEROLA, Marina; "El proceso de democratización y reforma de la justicia de menores entre 1978 y 1991", *UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, No. 19, 2007, págs. 461 y ss.

Vid. MARTÍN OSTOS, José de los Santos, *Jurisdicción Penal de Menores*, Juruá Editorial, Lisboa, 2016, págs. 19 y ss.

Vid. PÉREZ MARTELL, Rosa, *El Proceso del Menor, Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Ed. Aranzadi, Monografía Derecho y Proceso Penal Núm. 5, Elcano (Navarra), 2002, pág. 44.

⁴ Vid. HERNANDEZ GALILEA, Jesús Miguel, "La intervención sobre menores en conflicto social", Capítulo III de la Primera Parte (págs. 41-53) del libro: *El Sistema Español de Justicia Juvenil*, Dykinson, Madrid, 2002.

Vid. De la CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I.; *Menores Infractores y Sistema Penal*, Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, Donostia-San Sebastián, 2010; *passim*, págs. 37-46.

Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.; "La Reforma de la Ley Penal del Menor por la LO 8/2006", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 15, mayo de 2008.

⁵ Cfr. Art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

frente a los hechos delictivos cometidos por un menor de edad, que tenga más de 14 años, está prevista con toda precisión, al menos desde el punto de vista procesal, en la LORPM. De este modo, existe para los mayores 14 años un sistema que separa de manera oportuna a aquellos menores que precisan reforma, de aquellos que necesitan protección. No sucede así con aquellos menores cuya edad no alcance los 14 años, para los cuales rige un sistema ambiguo que veremos a continuación.

II. LA AUSENCIA DE RESPUESTA LEGAL ANTE LOS HECHOS DELICTIVOS COMETIDOS POR MENORES DE 14 AÑOS

Tal como ha sido previamente expuesto, la respuesta que ha de darse a los menores de entre 14 y 18 años que cometen hechos delictivos está prevista por la LORPM, de un modo notoriamente diferenciado en relación con los menores en riesgo social. Sin embargo, lo que debe hacerse cuando quien cometa una infracción sea un menor de 14 años, no está ni mucho menos previsto. No lo estaba cuando se promulgó la LORPM ni lo está ahora, a pesar de las reformas legales introducidas en el año 2015 por la LO 8/2015⁶ y la Ley 26/2015⁷.

La LORPM excluye de su ámbito de aplicación a los menores de 14 años a los que, dice, no se les aplicará esa norma sino lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes⁸. Lo cual resulta una remisión por un lado inútil, ya que el CC no dice nada al respecto⁹ y, por otro, peligrosa porque, al referirse genéricamente a las normas de protección de menores, parece como si considerara que por debajo de los 14 años dejara de existir diferencia entre los menores en *riesgo social* y los

⁶ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁸ Cfr. BERNUZ BENEITEZ, María José; FERNÁNDEZ MOLINA, Esther; PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, “El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años”, *Revista Española de Investigación criminológica*, 2006, nº 4, artículo 5, pág. 4.

⁹ El Código Civil no hace referencia a los ilícitos de los menores de 14 años. El único precepto relacionado es el art. 1903, que indica que los padres o tutores quedan obligados a reparar el daño causado por los hijos que tengan bajo su guarda o tutela.

menores en *conflicto social*, y que, por tanto, la respuesta debe ser la misma en todos los casos. Dicha asunción es claramente equivocada y rompe con la antes mencionada conquista moderna en el ámbito de la intervención sobre menores: la separación entre los ámbitos de *protección y reforma*.

Probablemente movido por la alarma de algunos casos mediáticos sobre menores de 14 años que cometieron hechos tipificados como muy graves, el legislador llevó a cabo algunas reformas que pretendieron hacer frente a la patente imprevisión normativa sobre este tipo de supuestos. Así, cabría destacar la LO 8/2015 como la modificación más relevante a los efectos del presente artículo, puesto que regula como novedad el ingreso de menores con problemas de conducta en centros específicos de protección, realizando para ello cambios tanto en la LO 1/1996¹⁰ como la LEC¹¹.

Por un lado, esta ley modifica la legislación estatal de protección de menores, introduciendo los problemas de conducta y su tratamiento. Aparentemente establece las limitaciones al internamiento¹² en los artículos del 25 al 35¹³, pero, de hecho, lo que hace es establecer la posibilidad de internar a los menores que tienen problemas de conducta, posibilidad que hasta ese momento no existía.

Por otro lado, el artículo segundo de la ya mencionada LO 8/2015 introduce en la LEC la posibilidad de internar a menores con problemas de conducta mediante el artículo 778 bis¹⁴. Lo cual, tal como veremos, constituye un grave problema que va en detrimento de las garantías.

¹⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹² Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, "El sistema de protección de menores en España", Págs. 379-462 en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coord.), *Tratado del Menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 426 y ss.

¹³ Capítulo IV del título II de la LO 1/1996, que consta de diez artículos (del 25 al 35) y regula el acogimiento residencial de los menores, su ingreso en los centros, las medidas de seguridad y contención de los mismos, el régimen disciplinario, el aislamiento, la supervisión y control, la administración de medicamentos, el régimen de visitas y permisos de salida y el régimen de comunicaciones.

¹⁴ Cfr. VICO FERNÁNDEZ, Gema, "Régimen Jurídico del Tratamiento Forzoso del Trastorno Psíquico", Tesis Doctoral en Derecho y Ciencias Políticas, Universitat de Barcelona, 2015, pág. 57.

La nueva regulación no da definición alguna de lo que deba entenderse por *problemas de conducta*, quedando su determinación a criterio del juez. Teniendo en cuenta que el legislador hace especial hincapié en que el ingreso de un menor con problemas de conducta ha de ser el último recurso¹⁵, surge rápidamente la cuestión de qué conducta se considera lo suficientemente grave para internar a un menor de tan corta edad, así como qué otras medidas distintas del internamiento puede adoptar el juez.

Además, la mención expresa del artículo 25.2 de la LO 1/1996 a que el internamiento de menores con problemas de conducta sea utilizado *“exclusivamente cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas”*, a pesar de provenir de una ley de protección promulgada desde el ámbito civil, recuerda de manera inequívoca al principio de intervención mínima o *última ratio* –que rige en el proceso penal y busca, precisamente, que el derecho penal sea utilizado únicamente para proteger bienes jurídicos reconocidos como especialmente relevantes y cuando no exista una alternativa menos intrusiva aplicable al caso¹⁶–.

En razón de todo lo expuesto, cabría suponer que el internamiento previsto por la LEC y posteriormente articulado en la LO 1/1996 tuviera su origen en la comisión de un ilícito necesariamente grave. No obstante, tanto la absoluta indeterminación del precepto legal y el derecho fundamental de libertad, que está en riesgo, como la falta de regulación que articule un verdadero proceso para enjuiciar este tipo de casos, hacen dudar seriamente de su constitucionalidad.

El art. 778bis de la LEC hace hincapié en la necesidad de una autorización judicial del ingreso del menor a un centro de protección específico –si bien

¹⁵ Cfr. GÓMEZ, Ana María, “Las 10 claves de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *Wolters Kluwer*, 2015.

¹⁶ Vid. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “El principio de intervención penal mínima”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, 1987, págs. 110 y ss.
Vid. VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, “¿Qué es el principio de intervención mínima?”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 23, 2009, págs. 4 y ss.

dichos centros son inexistentes¹⁷—, en un intento de legitimar las restricciones de su libertad y derechos fundamentales que la medida supone¹⁸. Sin embargo, lo único que se exige es la autorización judicial y el seguimiento posterior sin la existencia, como hemos visto, de criterios para valorar la necesidad de dicha autorización ni tampoco ningún tipo de actividad probatoria sobre la realidad de la mala conducta para proceder al internamiento. Es decir, que a pesar de que el artículo 778 bis pretenda introducir ciertas garantías en el procedimiento de internamiento de menores de 14 años que cometen infracciones, lo cierto es que el no existe un verdadero proceso con las garantías necesarias.

Por otra parte, esa confusión entre protección y reforma a la que antes aludíamos se comprueba en la regulación de los artículos 25 al 35 de la Ley de Protección Jurídica del menor que, como dijimos, han sido también objeto de modificación. Allí puede comprobarse que la intervención sobre el menor en estos casos es la respuesta a una infracción. Y dicha respuesta, si es que resulta necesaria, no puede darse sin un juicio previo con todas las garantías sobre la existencia del hecho, su tipicidad y las circunstancias del menor.

Aparte de la LO 8/2015, tal como ya ha sido mencionado, también la Ley 26/2015 ha modificado el sistema de protección a la infancia y la adolescencia (en concreto y por tanto la LO 1/1996), incluyendo entre sus modificaciones cuestiones tales como los derechos del menor al ingresar en el centro de conducta (art. 21 bis de la LO 1/1996). Sin embargo, la introducción de derechos específicos para los menores de 14 años que se lleva a cabo en esta modificación, no corrige la ausencia de garantías en la toma de decisión del internamiento.

¹⁷ Cada CCAA es un mundo, pero, en muchos casos, los centros de protección de menores en situación de desamparo son los mismos en los que se ingresa a menores con problemas de conducta con las consiguientes consecuencias negativas para los primeros.

Cfr. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, Belén, “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista de Derecho Civil*, 2014 vol. 1, nº 4, pág. 149.

¹⁸ Cfr. NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, “El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema estatal en sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015, pág. 144.

Cfr. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, “El ingreso de menores con problemas de conducta en centros específicos de protección”, *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 2016, vol. 11, pág. 144.

En síntesis, el procedimiento de ingreso de menores de 14 años con problemas de conducta, aunque se encuentre regulado en leyes de carácter civil, como la LEC o las leyes de protección de la infancia y la adolescencia, es una intervención originada por una infracción, lo que remite, como puede corroborarse, por otra parte, en los artículos del 25 al 35 de la LO 1/1996, a una intervención socioeducativa y sancionadora, que debe revestir garantías similares a las del internamiento en régimen cerrado establecido en la LORPM para menores de entre 14 y 18 años.

En relación con la necesidad de diferenciar de forma clara entre protección y reforma, se da un amplio debate doctrinal¹⁹, porque del hecho de que un menor de 14 años cometa un delito no puede concluirse necesariamente que se encuentre en una situación de riesgo social o desprotección, y la respuesta ante la comisión de un ilícito deberá ser de reforma y no protectora, y contar, como tal, con las fases y las garantías propias de un proceso que, sin ser estrictamente penal debido a la corta edad del infractor, cuente con investigación y pruebas que ayuden al juez a tomar la decisión del internamiento.

En este sentido, cabe destacar que el defensor del pueblo en su informe de 2009²⁰ indica que resulta excesivo afirmar que todos los menores que cometen un ilícito padecen situaciones de desamparo y viceversa. Es decir, que entre los menores a quienes se ingresa en un centro de protección hay dos categorías diferenciadas, cuyos integrantes pueden coincidir (perteneciendo a ambas categorías) o no. La presencia del elemento infractor no puede conllevar, por sí misma, la declaración de un riesgo o una situación de desamparo del menor²¹.

¹⁹ Vid. HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel, "Naturaleza y fundamento de la intervención sobre menores en conflicto social" en HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (Coord.), *El sistema español de justicia juvenil*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 33 y ss.

Vid. BERNUZ BENEITEZ, María José; FERNÁNDEZ MOLINA, Esther; PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, "El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años", *Revista Española de Investigación criminológica*, 2006, nº 4, artículo 5, págs. 4 y ss.

²⁰ Informe monográfico del Defensor del Pueblo acerca de centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, 2009, página web del defensor del pueblo: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/centros-de-proteccion-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situacion-de-dificultad-social-2009/>, págs. 16 y ss.

²¹ Cfr. MARTÍN, David Siesto, "Legislación y tratamiento de los menores que cometen delitos antes de los 14 años", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, 2019, Nº. 20, pág. 141.

Eso hace que el sistema de protección resulte ambiguo, dado que a veces entrelaza o confunde medidas de reforma y de protección; teniendo como resultado que haya adolescentes tratados en centros de acogimiento residencial que no resultan adecuados para ellos.

Además, la falta de respuesta –o la respuesta protectora, que resulta inadecuada– ante la comisión de un acto antijurídico puede ofrecer sensación de impunidad y no enseña al menor a responsabilizarse de sus actos. Esto puede tener un impacto negativo tanto desde punto de vista de la prevención especial, –es decir, a la hora de procurar impedir que el menor que ha cometido la infracción reincida, dado que al quedar ésta sin respuesta puede darle sensación de impunidad–, como desde el punto de vista de la prevención general –tampoco se da, de cara al resto de menores cuya edad sea menos de 14 años, el efecto disuasorio que ejerce en la sociedad el hecho de que una conducta esté tipificada–.

La búsqueda de una respuesta que sea distinta tanto a la justicia juvenil como a la típicamente protectora, ha llevado a que se desarrollase la regulación que estamos comentando, sin regulación sustantiva y asentada únicamente sobre un procedimiento carente de garantías.

Ahora bien, no sólo la confusión entre los ámbitos de protección y reforma ha dado lugar a una regulación tan carente de garantías. También ha influido de manera decisiva y patente otro precepto de la LEC, que a todas luces ha servido de modelo inspirador al legislador a la hora de regular el procedimiento. Dicho precepto no es otro que el art. 763, que hace referencia al internamiento no voluntario por trastorno psíquico.

El procedimiento para internar a personas que sufren trastornos psíquicos presenta innegables similitudes con el procedimiento establecido para internar a menores con problemas de conducta del previamente mencionado art. 778bis de la LEC. Teniendo en cuenta la distinta naturaleza jurídica de ambas cuestiones, resulta preocupante la gran cantidad de semejanzas y las pocas diferencias existentes entre sendos procesos.

Tanto en el internamiento de personas con trastorno psíquico como en el de menores con problemas de conducta se precisa una autorización judicial, que en ninguno de los dos casos está obligada a establecer un plazo determinado

—aunque implícitamente se requiere que el juez lo establezca, pues de lo contrario no tendría sentido la referencia a la renovación del internamiento y los informes periódicos que deben emitirse²²—. La ya mencionada autorización judicial debe ser previa al internamiento salvo que por razones de urgencia el internamiento ya se haya producido, en cuyo caso tanto en el procedimiento de internamiento no voluntario por trastorno psíquico como el de menores con problemas de conducta, se acudirá al juez para que éste ratifique la medida. En ambos casos, además, la ley establece la obligatoriedad del examen por el juez del sujeto que va a ser internado y la emisión de un dictamen por parte de un facultativo²³. Además, tanto en uno como en otro supuesto, se establece un seguimiento periódico por parte del Juzgado. Cabe destacar que en el caso de menores el Ministerio Fiscal también deberá ser informado, y lo cierto es que esta intervención por parte del Ministerio Fiscal ha sido alabada por la doctrina, dado que el Ministerio Fiscal es garante del *interés superior del menor*²⁴.

A pesar de que el procedimiento de internamiento de menores de 14 años con problemas de conducta presenta ciertas diferencias con respecto del internamiento no voluntario de adultos con trastorno psíquico, es fácil apreciar que dichas diferencias responden únicamente a la especial vulnerabilidad de los menores de edad y ciertas conquistas históricas en relación con los estándares relativos a los niños y adolescentes, establecidos en diversos instrumentos internacionales²⁵. En este sentido, cabe destacar que el precepto establece la necesidad de que al menor lo valore un equipo psicosocial y también refiere que

²² Cfr. RIVES SEVA, José María, Procesos sobre la capacidad de las personas. Estudio de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, págs. 79 y ss.

²³ Cfr. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, “La Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés”, Diario La Ley, 2015, Nº 8590, Ref. D-301. Cfr. CERRADA MORENO, Manuel, Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 293 y ss.

²⁴ Cfr. GONZÁLEZ PILLADO, Esther; GRANDE SEARA, Pablo, Aspectos Procesales Civiles de la Protección del Menor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 184 y ss.

²⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, así como las Reglas de Beijing y las diversas observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño sientan estándares y principios tales como el interés superior del menor, que debe regir todos los procesos que afecten a algún niño.

el menor será informado de su internamiento²⁶ de un modo adaptado a su edad y circunstancias²⁷.

III. LA SOLUCIÓN VIGENTE: AUSENCIA DE REGULACIÓN SUSTANTIVA Y UN PROCESO SIN GARANTÍAS

El hecho de que el internamiento de conducta venga sin determinación temporal establecida resulta de extrema complicación para el juez, dado que su internamiento en un centro no va aparejado a una enfermedad que pueda superarse o permita hacer un pronóstico y comprobar los resultados o la curación, sino a un *problema de conducta* cuya indeterminación legal lleva irremediamente a la indeterminación de los criterios con los que debe determinarse ese tiempo mínimo indispensable al que se refiere la ley. La indeterminación legal del tiempo de internamiento es no solo una falta innegable de seguridad jurídica, sino un grave defecto legal que contribuye a las sospechas de inconstitucionalidad.

Además, que quepa la posibilidad de realizar el internamiento sin autorización judicial previa “debido a la urgencia” y se presente la posibilidad de una posterior ratificación judicial constituye otro grave problema en relación con las garantías. Dado que se trata de una respuesta a un problema de conducta (es decir un hecho tipificado y con una entidad notoria) no se entiende un internamiento previo a la visita judicial. De darse, éste se trataría de una medida cautelar, una especie de detención, y por tanto necesitada de unas especiales garantías –que la regulación no establece–.

Asimismo, es muy cuestionable la inclusión de este precepto en una ley procesal civil. Entendemos que pueda ser necesario dar respuesta a la presunta comisión de una infracción por un menor de 14 años en determinados casos, pero también que existe la necesidad de probar la participación del menor y estudiar las circunstancias concretas del caso. El supuesto de un menor con problemas

²⁶ Vid. DELGADO CASTRO, Jordi, “Aspectos procesales de la protección de la infancia y la adolescencia”, Págs. 361-381, en CABEDO MALLOL, Vicente; RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Coord.), Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 366 y ss.

²⁷ Vid. RAMIRO, Julia, “Los derechos de los niños en las políticas españolas para la infancia”, UNED: Revista de Derecho Político, 2016, Nº 95, págs. 128 y ss.

de conducta debería contar con un análisis pormenorizado de los hechos que dan lugar al ingreso del niño y, por tanto, el internamiento posterior²⁸. No parece entenderlo así el legislador, que aparenta dar por supuesto que lo ordinario sea que se acude al juez cuando el internamiento ya se ha producido.

Además, la obligación de examinar al menor y emitir un dictamen por parte del facultativo es una muestra más de la falta de claridad del legislador sobre la naturaleza del internamiento de menores, puesto el mero examen del menor es absolutamente insuficiente para apreciar la existencia de los problemas de conducta y la exigencia del dictamen de un facultativo no tiene ningún sentido, porque da a entender que el menor con problemas de conducta tiene un trastorno psíquico o una enfermedad, olvidando que el internamiento no voluntario por motivos psíquicos del art. 763 rige también para los supuestos en que el enfermo sea menor de edad. En contraposición con esto, sí tiene sentido el informe del equipo psicosocial, que también se da en el enjuiciamiento de menores de entre 14 y 18 años previsto en la LORPM.

La innegable semejanza procedimental con el internamiento de adultos no voluntario por razón de trastorno psíquico pone de manifiesto, a su vez, carencias en la regulación. El mencionado precepto del art. 763 de la LEC no debería haber sido utilizado como modelo a la hora de legislar el internamiento de menores de 14 años con problemas de conducta, dada la absoluta diversidad de naturaleza que hay entre los dos procesos. Decimos diversidad de naturaleza porque mientras en el caso del internamiento no voluntario se trata de dar una respuesta a un problema médico con unos medios y un pronóstico definido y comprobable, en el procedimiento objeto del presente trabajo lo que se pretende es dar respuesta a unos problemas de conducta. Esto exige del juez algo más que una mera comprobación o examen. En realidad exigiría un verdadero juicio sobre los hechos y sobre la adecuación de la medida, y dicho juicio debería ser llevado a cabo con todas las garantías.

Cabe mencionar que, aunque la participación del Ministerio Fiscal como garante del interés superior del menor resulta, a todas luces, conveniente, lo cierto

²⁸ Con independencia de que en determinados supuestos se pueda aplicar la tutela automática de la administración o, si existen sospechas de trastorno psíquico, se pueda utilizar el cauce del internamiento no voluntario.

es que dicha intervención no resulta suficiente para subsanar o compensar la absoluta falta de garantías que venimos observando.

IV. CONCLUSIONES

La regulación para el tratamiento de niños menores de 14 años con problemas de conducta resulta, a todas luces, defectuosa en su planteamiento e insuficiente desde el punto de vista de las garantías procesales. En primer lugar porque no existe una alternativa al internamiento, sino que éste se presenta como única posible medida ante los problemas de conducta. Además, la ley no establece un límite de tiempo para el mencionado internamiento. Esto constituye defectos muy graves, que ponen de manifiesto que realizar una revisión de esta regulación es necesario.

Por otro lado, no se dan criterios al juez acerca de los motivos para internar al menor, ni se establece un modo de evaluar o valorar los "*problemas de conducta*" y su gravedad. Tampoco existe un juicio en el que participe el menor, se practiquen pruebas y se respeten los derechos de audiencia, defensa, contradicción, etc.

Asimismo, resulta ineludible modificar la regulación para evitar que, por debajo de los 14 años de edad, se dé lugar a la confusión y ambigüedad que esta normativa suscita entre menores con problemas psíquicos, menores desamparados y menores que han cometido ilícitos. Resulta imprescindible que se reforme el precepto vigente para garantizar que se mantenga la distinción entre los ámbitos de protección y reforma, que ha sido uno de los mayores avances conseguidos en la nuestra legislación democrática sobre menores.

Bibliografía

BERNUZ BENEITEZ, María José; FERNÁNDEZ MOLINA, Esther; PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, "El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años", *Revista Española de Investigación criminológica*, 2006, nº 4, artículo 5, págs. 1-25.

CERRADA MORENO, Manuel, *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe monográfico del Defensor del Pueblo acerca de centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, 2009, página web del defensor del pueblo: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/centros-de-proteccion-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situacion-de-dificultad-social-2009/>

De la CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I.; *Menores Infractores y Sistema Penal*, Instituto Vasco de Criminología-KriminologiarenEuskalInstitutua, Donostia-San Sebastián, 2010.

De la IGLESIA MONJE, María Isabel, "La Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés", *Diario La Ley*, 2015, Nº 8590, Ref. D-301.

DELGADO CASTRO, Jordi, "Aspectos procesales de la protección de la infancia y la adolescencia", págs. 361-381, en CABEDO MALLOL, Vicente; RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther; RECHEA ALBEROLA, Marina; "El proceso de democratización y reforma de la justicia de menores entre 1978 y 1991", *UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, Nº. 19, 2007.

GARRIDO, Vicente, LÓPEZ, Enrique, SILVA, Teresa, LÓPEZ, María Jesús, MOLINA, Pedro; *El Modelo de la Competencia Social de la Ley de Menores, Cómo predecir y evaluar para la intervención educativa*, Tirant lo Blanch, Consejería de Trabajo y Política Social de la Región de Murcia, Valencia, 2006.

GÓMEZ, Ana María, "Las 10 claves de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia", *WoltersKluwer*, 2015.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther; GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos Procesales Civiles de la Protección del Menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- GONZÁLEZ RUS, Juan José, "El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias" en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), SUÁREZ LÓPEZ, José María (coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio Jurídico)*, Dykinson, Madrid, 2010.
- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel, en AA.VV., HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (Coord.), *El sistema español de justicia juvenil*, Dykinson, Madrid, 2002.
- MARTÍN OSTOS, José de los Santos, *Jurisdicción Penal de Menores*, Juruá Editorial, Lisboa, 2016.
- MARTÍN, David Siesto, "Legislación y tratamiento de los menores que cometen delitos antes de los 14 años", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, 2019, N.º. 20, págs. 133-155.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, "El sistema de protección de menores en España", págs. 379-462 en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coord.), *Tratado del Menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, "El principio de intervención penal mínima", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, 1987.
- NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema estatal en sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015, págs. 117-160.
- PÉREZ MARTELL, Rosa, *El Proceso del Menor, Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Ed. Aranzadi, Monografía Derecho y Proceso Penal Núm. 5, Elcano (Navarra), 2002.
- RAMIRO, Julia, "Los derechos de los niños en las políticas españolas para la infancia", *UNED: Revista de Derecho Político*, 2016, N.º 95, págs. 117-146.
- RIVES SEVA, José María, *Procesos sobre la capacidad de las personas. Estudio de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, Belén, "El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia", *Revista de Derecho Civil*, 2014 vol. 1, nº 4, págs. 107-153.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.; "La Reforma de la Ley Penal del Menor por la LO 8/2006", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 15, mayo de 2008.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, "El ingreso de menores con problemas de conducta en centros específicos de protección", *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 2016, vol. 11, págs. 134-162.

VICO FERNÁNDEZ, Gema, "Régimen Jurídico del Tratamiento Forzoso del Trastorno Psíquico", Tesis Doctoral en Derecho y Ciencias Políticas, Universitat de Barcelona, 2015.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, "¿Qué es el principio de intervención mínima?", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 23, 2009.

UN LITIGIO DE 1816 DESDE LA VISIÓN PROCESAL DEL SIGLO XXI: EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE UN PLEITO CIVIL EN LA CIUDAD DE ÉCIJA

María Luisa Domínguez Barragán
Profesora de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable la importancia del derecho positivo para el procesalista. Sin embargo, en multitud de ocasiones, sucede que la profundización en las normas actuales lleva a preguntarnos de dónde venimos y cómo se han ido desarrollando los mismos procesos que podemos encontrar en nuestros días durante la historia. Así, este trabajo tiene por objeto traer al presente e intentar actualizar un proceso judicial que tuvo su inicio en la ciudad de Écija (Sevilla) a principios del siglo XIX y que nunca ha sido analizado (o al menos, nunca lo ha sido desde una perspectiva procesal) con el objetivo de acercar al lector a una realidad histórica que, ciertamente, ha influido en lo que hoy conocemos como justicia. Innegable es su interés, ya que muestra multitud de aspectos procesales y, además, contiene Reales Provisiones, siendo un verdadero ejemplo de la práctica de nuestra materia en tiempos de un monarca absolutista. Da la circunstancia también de que se trata de un proceso de cuestiones muy actuales, lo que permitirá comprobar cómo, en muchos casos, las prácticas del foro siguen siendo las mismas más de 200 años después¹.

¹ Este trabajo se ha realizado con el máximo cariño y respeto al que ha sido (y seguirá siendo) mi Maestro. Con toda mi admiración y reconocimiento a su larga trayectoria académica, a su dilatada labor y a, lo que es más importante, su gran calidad y categoría humana. Con su marcha académica ha dejado un vacío que, para sus discípulos, nunca volverá a llenarse.

II. PALABRAS PREVIAS Y CONTEXTO HISTÓRICO

Nos encontramos ante un asunto de derecho privado sustanciado entre los años 1816 y 1819, es decir, un proceso que duró tres largos años bajo el reinado del Rey Fernando VII. Se trata de una materia puramente civil donde las partes van a ser, por un lado, D. Vicente Serrato Tamariz y D. Francisco de Sales Angulo y, por otro, el Convento de Monjas Mínimas de la ciudad de Écija, que litigan sobre un derecho de propiedad derivado de la herencia de Dña. Antonia Torres Tamariz Villavicencio Balderrama y Moscoso, viuda de D. Fernando Serrato y Navas, y abuela del primero.

En relación a la normativa aplicable ha de destacarse la Novísima Recopilación de las Leyes de España, pero también y como cuestión peculiar, el Fuero de la ciudad de Córdoba, otorgado por Alfonso X a la ciudad de Écija en 1266. La posible aplicación de esta norma es uno de los argumentos clave en el que se fundamenta una de las partes, por lo que el análisis del asunto se manifiesta como un ejemplo de la pervivencia de este fuero local extendido a otra ciudad aún en el siglo XIX (más de medio milenio después), lo que constituye una peculiaridad añadida. Como indicaba MARTÍN ALONSO, la vigencia de estas fuentes ha planteado muchos problemas conocidos a través de las opiniones de escritores, pero escasamente conocidos en su vívida realidad². Esta circunstancia aumenta la importancia de la profundización en este litigio.

El 17 de abril de 1816 el Corregidor de la ciudad de Écija, D. Juan Antonio Ruano Calderón de Aguilera, remitió los autos (compuestos por 62 folios) que se habían principado ante él por D. Vicente Serrato y D. Francisco de Sales Angulo contra el Convento de Mínimas de la ciudad de Écija. De estos autos, recibidos por el Escribano de Cámara de forma directa (sin oficio ni representación) el día

² Vid. ALONSO MARTÍN, María Luz, “Un caso de pervivencia de los fueros locales en el siglo XVIII: el derecho de troncalidad a fuero de Sepúlveda en Castilla la Nueva a través de un expediente del Consejo de Castilla”, en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 48, 1978, pág. 593. De hecho, esta autora menciona un poco más adelante otro pleito pendiente en la Real Audiencia de Sevilla sobre sucesión intestada también en Écija donde se pretende por una de las partes la aplicación de dicho Fuero Municipal de Córdoba, por el cual se prohíbe dejar por heredero a ninguna orden ni iglesia (con alguna excepción). *Ibid.*, págs. 594 y ss.

18 de abril, fueron avisados³ a través del recado de atención realizado el mismo día, tanto el Fiscal de su Majestad como los Señores de la Sala Primera de la Real Audiencia. Estas líneas tienen como objetivo el análisis de todo el proceso, incluido el llevado a cabo ante dicho Corregidor.

III. NOTAS GENERALES SOBRE EL PROCESO

Del análisis de los autos podrá comprobarse que la utilización de las herramientas procesales para los intereses de las partes no es una materia de actualidad.

La primera cuestión a destacar es la ausencia casi total de la oralidad. El proceso es enteramente escrito, a pesar de los costes de los materiales empleados para ello⁴. El segundo aspecto a tratar es el competencial. Las partes presentan la demanda siguiendo el fuero general del domicilio del demandado (ciudad de Écija, sede del Convento), al igual que se haría hoy en día (si no hubiese alguna circunstancia especial). Podría pensarse, aplicando los razonamientos actuales, que la Real Audiencia únicamente conocía de los pleitos en segunda instancia⁵. Sin embargo, en este caso, tras el primer recurso de apelación interpuesto, la Real Audiencia es el órgano competente para la decisión sobre el fondo en primera instancia si bien la demanda la admitió el Corregidor (que duda de su propia competencia por las cualidades de la parte demandada).

A falta del acto de la audiencia previa, el objeto procesal queda fijado por el Fiscal. Igualmente, llama la atención la solicitud, a modo de diligencia preliminar, de la copia del testamento de la causante que aparece junto a la demanda. En relación a las partes, por un lado encontramos un litisconsorcio activo voluntario y, por otro, lo que actualmente podría considerarse una persona jurídica. Se presenta oposición a este litisconsorcio, por lo que la efectiva

³ En este texto se utilizará en gran medida la terminología de la época, presente en los documentos consultados. Este expediente se encuentra en el Archivo Histórico Provincial de Sevilla, dentro de la serie referida a la Real Audiencia, con la signatura 29611/7 (signatura antigua: 504) y consta de 231 folios.

⁴ Costes que aparecen reflejados en muchos de los márgenes de los distintos escritos del documento (principalmente referidos al papel utilizado).

⁵ De hecho, así lo indica la Novísima Recopilación, como veremos más adelante.

contestación a la demanda no se hace ante el Corregidor, sino mucho después y ya ante la Real Audiencia. Esto da lugar a que el proceso continúe con un solo demandante (que vuelve a presentar demanda ante la Real Audiencia), pues no queda constancia de que el codemandante presentase nueva demanda. Consideramos de especial interés el tratamiento de la excepción de falta de legitimación pasiva, la práctica de la prueba (con la introducción de hechos de nueva noticia) y la utilización, por parte de la demandada, de todos los recursos procesales posibles con el objetivo de dilatar el proceso. De la misma manera, ha de reseñarse que durante toda la sustanciación del proceso se observa la importancia que poseen los incidentes de recusación, mucho más amplios que los actuales. A pesar de que, conforme a los fundamentos y argumentos aducidos por la parte demandante parece que será esta la que logre la sentencia a su favor, comprobaremos que la Real Audiencia absuelve a la parte demandada, aunque sin fundamentar la resolución, lo que provoca que desconozcamos cual fue la motivación para tal decisión⁶.

IV. DESARROLLO DEL LITIGIO

1. Proceso ante el Corregidor de la ciudad de Écija

A) *Primeras manifestaciones de la Real Audiencia*

En virtud de lo dispuesto por la Ley XLII del Título IV del Libro V de la Novísima Recopilación otorgada por el Rey Carlos IV en Aranjuez en octubre de 1784, se extiende el territorio de la Real Audiencia de Sevilla para la segunda instancia en la jurisdicción civil y criminal a la ciudad de Écija⁷. El conocimiento de este asunto está atribuido a los tribunales del reino, concretamente a los encargados

⁶ Tampoco se recoge el desglose de las costas, que sí aparece en otros expedientes judiciales de la Real Audiencia de la misma época (vid. por ejemplo: expediente de los Marqueses de Cortes Graena, signatura 29648/4).

⁷ Así lo indica la norma expresamente en su apartado tercero: “Debiendo ser la división del citado territorio por la parte intermedia entre Sevilla y Granada, por la mayor ó menor inmediación á una ú otra capital, quedará por lo mismo comprendida el territorio de la de Sevilla la ciudad de Écija, así por su mayor inmediación, como por haberlo pedido expresamente”.

de asuntos civiles. En primera instancia el asunto se sustancia ante el Corregidor de dicha ciudad⁸.

A pesar de las nomas competenciales (relativamente) claras que aparecen en la Novísima Recopilación, el primer documento que encontramos en el rollo analizado es la consulta (a modo de cuestión de competencia o, incluso, como un conflicto de jurisdicción⁹) que realiza el Corregidor astigitano¹⁰ en el mes de abril de 1816 a la Real Audiencia sita en Sevilla. El 11 de mayo de 1816 el Fiscal (que rubrica como Sr. Caballero), determina en su escrito el objeto del proceso en tanto que a la vista del expediente remitido considera que éste es “que se declarase pertenecerles varios bienes raíces que detenta el Convento de Monjas Mínimas de la misma Ciudad”. En su informe manifiesta que, con presencia de

⁸ Es interesante recordar aquí la Ley XVI del Título XI del Libro VII de la Novísima Recopilación donde nuevamente aparece expresamente la ciudad de Écija en relación al nombramiento de los Tenientes de los Corregidores: “Mandamos, que de aquí adelante los Corregidores y Jueces de residencia, que proveyéremos en las ciudades y villas de nuestros Reynos que tuvieren voto en Córtes, y en la ciudad de Truxillo y villa de Cáceres, y Xerez de la Frontera, y Ecija, y Ubeda y Baeza, y Medina del Campo, no lleven ni pongan Tenientes ni Alcaldes en ellos, sin que primeramente los presenten en el nuestro Consejo, y por ellos sean examinados y aprobados, aunque sean graduados en qualquiera Universidad de estudio de estos Reynos y de fuera dellos” (ley 11. tit. 5. lib. 3. R.).

⁹ Planteamos la posible opción de un conflicto de jurisdicción (en términos actuales), pues al ser la parte demandada un Convento, puede ser que al Corregidor le surgiesen dudas de si el asunto debía tramitarse ante la Jurisdicción Eclesiástica (en virtud de lo dispuesto en la Ley) o, simplemente, debido a la cuantía entendiéndose que no poseía competencia. En ninguno de los escritos aparece el verdadero motivo de la consulta al tribunal superior. Ha de tenerse en cuenta también lo recogido en la Ley XVI del Título IV del Libro V de la Novísima Recopilación sobre el modo de decidir las competencias sobre conocimiento de negocios entre la Audiencia y otros Jueces de Sevilla: “Mandamos, que quando se ofresciere duda ó diferencia sobre quien ha de conoscer de alguna causa, seyendo la tal diferencia entre la Audiencia y Asistente y Cabildo de la dicha ciudad, se guarde la órden, uso y costumbre que se solia usar y guardar ántes que la nueva órden. se hiciese, que fué el año de 54.; pero si la diferencia fuere entre la dicha Audiencia de los Grados y otros qualesquíer Jueces, o entre otros Jueces entre sí, o con los Alcaldes mayores, mandamos, que se lleven los procesos á la dicha Audiencia de los Grados, y allí se determine á quien pertenesce el conocimiento de las tales causas...”.

¹⁰ Sobre la importancia de esta figura y la lucha para la consecución de poderes en esta época a caballo entre el régimen absolutista y las nuevas normas liberales (como, por ejemplo el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, aprobado el 9 de Octubre de 1812), vid.: GÓMEZ BRAVO, Gutmaro, “Usos y desusos de la justicia en la España de la primera mitad del siglo XIX”, en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2008, [En línea], URL:<http://journals.openedition.org/nuevomundo/19942>

la consulta hecha por el Corregidor de la ciudad de Écija, considera que el negocio debe ventilarse en la jurisdicción ordinaria, y para seguir el orden debido entiende que debe de resolverse el expediente consultado, advirtiendo a la parte actora que "para este Tribunal la apelación caso de interponerla". La Sala aprecia el informe del Fiscal y el 16 de Mayo de 1816 dispone: "devuélvase al corregidor de la ciudad de Ecija los autos remitidos en consulta, para que admitiendo la demanda propuesta a D. Vicente Serrato Tamariz y D. Francisco de Sales Angulo la substancie y determine conforme a derecho".

B) Proceso ante el Corregidor

Presentación de la demanda

Según consta en el rollo, la citada demanda se había presentado en la ciudad de Écija el 24 de enero de 1816 por el procurador¹¹ D. José María de Castro en nombre de D. Vicente Serrato Tamariz¹². Junto al pedimento, se requiere una copia del testamento de la abuela del demandante otorgado el 22 de marzo del año 1792 así como testimonio de la partición hecha por la muerte de la referida causante, protocolada en el año de 1794, que contuviera de forma literal el pago hecho a la reverenda madre sor Maria Araceli del Santísimo Sacramento (tía ya fallecida del actor), expresándose en sucinta relación todo lo demás. Asimismo, se solicita "la citación de la prelada o correctora del Convento de Monjas Mínimas de la ciudad donde lo fue la dicha madre sor Maria de Araceli". Pasados unos días, el escribano da cuenta de la práctica de diversos autos y diligencias¹³.

Podemos afirmar que la demanda se fundamenta en unos argumentos claros, nada farragosos que indican la calidad técnica de los operadores jurídicos encargados del asunto. La primera de las cuestiones que llama la atención es la aparición de un codemandante (al que ya habíamos aludido al principio del

¹¹ Con exhibición de poder notarial. La defensa corre a cargo del Licenciado González Aguirre.

¹² En todos los escritos se hace constar tanto la condición de *Cavallero* Maestrante de la Real Maestranza de Caballería de Granada del demandante como la de familiar del Santo Oficio de la Inquisición de Córdoba.

¹³ Expone: "puesto el testimonio de los documentos pretendidos por el dicho D. Vicente Serrato habiendo tomado los autos después fueron devueltos con el pedimento de Demanda que aquí copiado con la providencia asesorada que a el se dio dice así".

trabajo), puesto que su nombre no aparece cuando se solicita la copia del testamento¹⁴. La segunda cuestión de interés es, como ya dijimos, la alusión al Fuero de Córdoba que, como se verá más adelante, se convierte en uno de los ejes centrales del pleito.

Tras la presentación de la demanda, el 13 de marzo de 1816 el Corregidor en un auto asesorado de acuerdo con su asesor general, el Sr. Alcalde Mayor (Sr. Anaya) considera que las partes usan de su derecho donde corresponde. Dichas partes presentaron escrito instando en lo que anteriormente tenían pretendido, a lo que se proveyó auto asesorado mandando que las citadas partes acudiesen al Fuero y Jurisdicción de las demandadas. Sin embargo, poco después, el señor Corregidor provee otro auto por sí solo en el que, no conformándose con la anterior providencia, procede a la suspensión y eleva consulta con la instancia original a la Real Audiencia de Sevilla. Nos encontramos ante la consulta de la que ya hemos hablado *ut supra* (apartado a) y que dio lugar a una Real Provisión otorgada por el Rey Fernando VII¹⁵.

¹⁴ Reproducimos parte de la demanda para facilitar la comprensión global del asunto:

“D. Josef M.^º de Castro en nombre de D. Vicente Serrato Tamariz (...) y de D. Francisco de Sales Angulo en aquella vía o modo que más haya lugar en derecho y a reserva de las demás acciones y recursos digo:

Que las fincas adjudicadas a Sor María de Araceli monja que fue en el convento de Mínimas de esta ciudad, en la partición hecha por muerte de D. Antonia Tamariz, su madre, y que aparecen en el testimonio que presento corresponden a mis partes (...) Del Cortijo (...) es de las fincas que vinculó y con que fundó mayorazgo don Gregorio Fernández Tirado, por cuyos llamamientos las está poseyendo el señor Angulo, se acredita la pertenencia de aquella (...) tierra a este vínculo por la fundación que presento (...) Las fincas restantes corresponden a D. Vicente Serrato y a sus hermanas como sobrinos de la dicha Sor María Araceli o como nietos y herederos de la Madre de esta según su testamento (...) y con arreglo a las Leyes que prohíben heredar a los conventos en perjuicio de los parientes e, igualmente, que puedan adquirir bienes raíces, principalmente en esta Ciudad a la que está extendido el Fuero de Córdoba. Por las disposiciones de este fuero, por las de otras leyes y por lo demás expuesto, las fincas que se adjudicaron en dicha partición a sor María de Araceli, ya difunta no puede obtenerlas el Convento de Mínimas de esta ciudad: corresponden a mis partes como dejo manifestado. SUPLIICO PUES A vuestra señoría se sirva declarar que las fincas que se adjudicaron a sor María Araceli y poseyó esta corresponden a sus sobrinos don Vicente Serrato y demás y al vínculo fundado por D. Gregorio Fernández Tirado de que es poseedor D. Francisco de Sales Angulo mandando entregárselas y aposesionándolos en ellas, según es de justicia que pido con costas, juro y protesto lo necesario”.

¹⁵ “D. Fernando VII por la Gracia de Dios (...) a vos el corregidor de la ciudad de ecija salud y gracia. Saved que haviendose recibido en la nuestra Audiencia que reside en la ciudad de Sevilla los autos que le remitisteis en consulta formados a instancia de Serrato y Angulo sobre la propiedad

Diez días después, el Sr. Corregidor acusa recibo de la Real Provisión, admite la demanda y procede al nombramiento como su asesor del Sr. Auditor de Guerra Honorario, D. Francisco Xavier López Duque, Abogado de los Reales Concejos, residente en la ciudad de Écija con superior licencia¹⁶.

Contestación a la demanda

En el escrito de contestación a la demanda encontramos la oposición del Convento a la acumulación subjetiva de acciones del litisconsorcio voluntario activo. Además de poder observar la forma de oposición a la acumulación de hace dos siglos, el escrito expone de forma clara los requisitos que había de tener una verdadera demanda (requisitos aún vigentes a día de hoy) y que, a juicio de la parte pasiva, no se cumplían en este pleito. Por su interés lo reproducimos a continuación:

“Ramon de Tamayo y Gómez en nombre del Convento y Religiosas Mínimas de esta ciudad (...) digo: Que se ha conferido traslado de la demanda folio 59

de varios bienes raíces que disfrutaba el convento de las minimas de esa ciudad, oído a nuestro fiscal y visto todo por nuestro regente y oidores de la misma nuestra Audiencia ha recaído el auto del tenor siguiente: Devuelvanse al corregidor de la ciudad de ecija los autos remitidos en consulta para que admitiendo la demanda propuesta a D. Vicente Serrato Tamariz, y D. Francisco de Sales Angulo la substancie y determine conforme a derecho. Los señores regente y oidores de esta Real Audiencia en sala primera así lo proveyeron y rubricaron. Sevilla 16 de mayo de 1816. Y para que tenga efecto lo acordado se os libra la presente a vos el dicho corregidor de exija al que se acompaña original el citado expediente compuesto de 62 foxas útiles por la qual os mandamos que luego que la recibáis veáis el auto incerto y lo guardéis, cumpláis y efecuteis y hagáis guardar cumplir y efecutar remitiendo recibo de los esperados autos dentro de 8 días y dando las demás providencias que correspondan en su caso y lugar y mandando practicar y haciendo se practiquen cuantas diligencias se crean convenientes a este fin. Cumplendolo así pena de la nuestra merced y la de 20 mil maravedís para la nuestra Camara so la qual mandamos a qualquier escribano hoy la notifique y de fe. Dada en la ciudad de Sevilla a 17 de mayo de 1816”.

¹⁶ De forma clara expone:

“Executese quanto se preceptua por S.M. y Señores de la Real Audiencia Territorial. Acusese el recibo de este expediente, admítase en el Juzgado de su Señoría la demanda propuesta por parte de D. Vicente Serrato y por D. Francisco de Sales Angulo al folio 61. Y se confiere traslado por el termino ordinario a la reverenda madre prelada correctora del convento de religiosas minimas de esta ciudad”. En el pie del escrito se manifiesta: “Este auto fue hecho saber al procurador de D. Vicente Serrato y D. Fco de Sales Angulo y también a la reverenda madre Sor María de Santa Rita presidenta del nominado convento de minimas por cuya parte se tomaron dichos autos y posteriormente fueron devueltos con el pedimento que aquí compulsado con el poder dice así (...)”.

repetida al 61 y para contestarla con oportunidad y con aquella claridad metódica que la ley previese se ha de servir vs mandar se formen dos ramos que comprendan las dos demandas que en realidad son distintas y separadas, poniéndose en cada uno el documento que corresponda y quedando original en el uno la real provision folio 63, se ponga en el otro el testimonio correspondiente condenando en las costas e impresos de este artículo a las otras partes. Persuadir el intento con la brevedad y claridad que me sea posible: Las demandas hablo con la ley¹⁷ deben ser claras, positivas y terminantes como hace preciso del juicio, deben legitimar sus personas los demandantes que cosa es precisamente lo que pretenden, el derecho y razón por que lo solicitan y documentos para obtenerlo por que la definitiva ha de recaer también sobre hecho positivo y conforme a la demanda para la que no pueden unirse dos personas con distintos derechos y separadas personalidades. (...) Aquí alguna vez el motivo de la obscuridad (...) y del entorpecimiento de los pleitos. Desembolvamos pues la demanda de que se ha conferido traslado al convento y quedaremos persuadidos de que contiene los defectos que la ley trata de precaver y la imperiosa necesidad de que los actores separen sus solicitudes (...), de modo que si por casualidad le fuese disminuida la gerencia común el mismo D. Vicente si vencía al convento tendría que buscar indagaciones en que tal vez seria responsable su mismo colitigante. Aun ay mas la contestación de parte del convento a d. Vicente Serrato podía no identificarse con la que se le de a la demanda de d. Fco de Angulo. Los alegatos y las pruebas serán distintas y aquí es que la unión si se permitiera era contraria al sistema legal de claridad en la demanda diversas las excepciones en la instancia y en el modo diverso en fin los fines y diverso debe ser el seguimiento de cada uno. Tan luego las demandas se clasiphiquen de las dos personas d. Vicente serrato y d. Fco de Angulo (...)

El expediente nos indica que de dicho pedimento se dio traslado a la parte actora que decidió presentar incidente de recusación. La importancia de la recusación en la Novísima Recopilación es manifiesta, ya que se le dedica un título completo (Título II del Libro XI). La recusación se llevó a cabo y el recusado fue

¹⁷ Si bien no se cita la norma concreta, entendemos que se está refiriendo a la Ley IV del Título III del Libro XI de la Novísima Recopilación que establece: “Mandamos, que porque la verdad de las causas se pueda mejor saber y sentenciar, y los demandados puedan determinar, si les conviene litigar ó no, y, mas ciertamente se puedan defender y responder, que las demandas que pusieren, sean ciertas y sobre cosa cierta; declarando el actor, si pide propiedad ó posesion, ó todo junto; y si de bienes raíces, declarando el lugar do está y los linderos, como está dispuesto por la ley de la Partida (leyes 15 y 2 5. tit. 2. Part. 3)...”.

sustituido por el Sr. D. Domingo de Arce (Ministro Jubilado de la Real Chancillería de Granada) que fue nombrado acompañado del Señor Alcalde Mayor (asesor nato del Corregidor)¹⁸. Cabe recordar aquí la Ley XXVII de dicho Título II, introducida por el Rey Carlos III en 1766, que permitía a las partes recusar a los asesores hasta tres veces¹⁹.

El día 15 de octubre de 1816 el Alcalde Mayor presenta informe sobre la formación del ramo separado en lo respectivo a la solicitud de D. Francisco de Sales Angulo sobre la finca vinculada reclamada, considerando que la contestación ha de ser positiva. Sin embargo, su asesor acompañado, el día 6 de noviembre entiende lo contrario "para obviar mayores gastos a las partes y para no dividir la continencia de la causa". La recusación había obrado su efecto. Así, su sentir es que "corran bajo una cuerda las pretensiones de ambos demandantes". Ante semejante contradicción de pareceres, el Corregidor en su auto del día 13 de noviembre de 1816 expone que: "en vista de la diferencia o discordia total en que se hallan los dictámenes precedentes del 15 de octubre y 6 del presente mes (...) y que está enterado que en tales casos puede decir el que le parezca de los dos, por la providencia que de sobre ello, para que cause estado, quedando salvo a las partes interesadas el derecho que estimen asistirles (...) se conforma únicamente con el dictamen dado por el asesor acompañado en lo mismo que literalmente previno y expresa el tribunal superior de la real provición que obra en autos".

¹⁸ Llama la atención la cantidad de operadores jurídicos que participaban en la resolución de la causa: Corregidor, Alcalde Mayor, acompañados del Alcalde..., dando lugar a lo que podríamos considerar un órgano colegiado. En relación a los nombramientos y facultades de estos cargos, vid. Título VII del Libro VII de la Novísima Recopilación.

¹⁹ Dicha norma dispone: "Para evitar los graves perjuicios que se experimentan por 1a facilidad y abuso de admitirse en los Juzgados ordinarios de estos reynos recusaciones vagas de Abogados Asesores, dilatando por este medio malicioso la breve expedición de las causas, sus defensas y determinaciones en los domicilios y provincias de los litigantes, tan recomendados por todo Derecho; los Jueces ordinarios no admitan recusaciones vagas de Asesores, aunque sea con el pretexto de consentir en el que nombrase el Presidente del Consejo, los Presidentes, Regentes, ó Decanos de las Chancillerías y Audiencias, y de otros qualesquiera Superiores: solo se permita á cada parte 1a recusación de tres Abogados Asesores para la final determinación ó artículos de cada causa; quedando los demas de la residencia del Juzgado y su provincia hábiles para que el Juez. pueda nombrar de ellos, no de otros, al que tuviese por mas conveniente; sin permitir sobre ello instancia, contestacion ni embarazo que difiera su conclusion en perjuicio de los colitigantes y buena administracion de justicia".

La parte demandada no queda conforme con esta decisión y procede a recurrirla en apelación ante la Real Audiencia de Sevilla. Como vemos, el recurso de apelación se podía presentar, de forma general, ante resoluciones que no pudiesen fin al pleito, como nos indica la Ley I, del Título XX del Libro XI de la Novísima Recopilación²⁰. La apelación se solicita en ambos efectos y se le da traslado a la parte demandante. Tanto las alegaciones como el escrito preparatorio del recurso de apelación se mandaron pasar en asesoría de los dos Señores asesores. El Sr. Alcalde Mayor puso su dictamen manifestando que se admitiese la apelación interpuesta por parte del dicho Convento de Monjas Victorias cuanto hubiese lugar en derecho, y que se librase el oportuno testimonio para su mejora, que debería presentarse en el término de quince días. Sin embargo, el Sr. Asesor acompañado, D. Domingo de Arce, realizó un dictamen diferente, ya que admitió la apelación pero en un solo efecto²¹. De nuevo, es el Corregidor el que, en función de estos dictámenes, ha de tomar una decisión, que no es otra que seguir la postura mantenida por el Sr. Asesor acompañado (esta decisión se hace saber a las partes a través de un auto del 16 de Diciembre de 1816). En su auto, el Corregidor vuelve a hacer hincapié en la diferencia de pareceres y en su potestad para elegir el que le parezca más acertado.

La lucha por la formación de los dos ramos que pretende la parte demandada no va a terminar así. Dicha parte vuelve a presentar escrito solicitando un recurso de reposición (denominado artículo de reposición) *con previo debido y especial pronunciamiento* frente a la admisión en un solo efecto del recurso de apelación interpuesto anteriormente. Además, mediante otrosí pide la recusación del Sr. Asesor acompañado. Como indica el rollo, tras varias diligencias este incidente de recusación se lleva a cabo favorablemente y el Sr. D. Domingo de

²⁰ Esta Ley establece: “Porque á las veces los Alcaldes y Jueces agravian á las partes en los juicios que dan; mandamos, que quando el Alcalde ó Juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en pleyto, aquel, que se tuviere por agraviado pueda apelar hasta cinco dias; desde el dia que fuere dada la sentencia, ó rescibido el agravio, y viniere á su noticia; y si así no lo ficiere, que dende en adelante la sentencia ó mandamiento quede firme...”.

²¹ Expone: “(...) desde luego se admitiese dicha apelación en el efecto devolutivo y que se librase el testimonio pedido a la parte de dicho Convento para la competente mejora, haciéndose saber a la misma contestase en el preciso termino de tercer dia a la demanda propuesta según estaba mandado por Providencia de Su Majestad y señores su regente y oidores de la Real Audiencia de Sevilla en 16 de mayo de dicho año de 1816 y no se había cumplido después de pasado cerca de siete meses con apercibimiento que de no ejecutarlo le pasaría el perjuicio que hubiere lugar”.

Arce es sustituido por el Licenciado D. Feliz Francisco Quixano. La parte actora, obviamente descontenta con este proceder, presentó escrito de oposición contradiciendo la última solicitud de la parte demandada y pretendiendo que se declarase no haber lugar a ella. Dicho escrito se mandó pasar en Asesoría. De nuevo encontramos dos dictámenes pero, en este caso, ambos en el mismo sentido, es decir, admitiendo la apelación interpuesta y denegando el auto de 16 de diciembre de 1816. Así, el 20 de mayo de 1817 el Corregidor, mediante auto, considera que en vista del sentir conforme de ambos debe mandar y manda que se lleven a debido efecto, poniéndose en ejecución y notificándosele a las partes interesadas. Ante esta resolución la parte actora presenta pedimento y acusa la rebeldía. Tras este pedimento, el 20 de junio de 1817, el Sr. Corregidor concede doce días a la parte demandada para que presente la apelación, bajo apercibimiento si es incumplido el citado plazo. Podemos decir que la primera parte del asunto finaliza aquí, tras un año y medio donde nada se ha resuelto, ni siquiera se ha contestado a la demanda de forma efectiva todavía. A partir de este momento será la Real Audiencia la competente para el conocimiento del asunto.

2. Conocimiento de la apelación por parte de la Real Audiencia de Sevilla

A) Primera parte: alegaciones

El primer documento presentado por las partes ante la Real Audiencia de Sevilla consta como entregado el 9 de julio de 1817. En él, la parte demandada (ahora recurrente en apelación) ha cambiado de procurador y expone los motivos en los que fundamenta su recurso. En primer lugar, cita el origen del asunto, ya que incide en que ante el Corregidor de otra ciudad se han iniciado los trámites de demanda por la parte actora²². En segundo, hace referencia a la primera consulta competencial

²² Lo hace en los siguientes términos: “Blas Gabriel de Andrade en nombre de la Madre Correctora y clavera del Convento de Minimas titular de la Visitación y Soledad de Nuestra Señora de la Ciudad de Ecija por el recurso de apelación o por el que mejor proceda y sin perjuicio de los demás componentes parezco ante V.E y digo que según acredita el testimonio que presento y juro en el Juzgado del Corregidor de otra ciudad se han principado autos a instancia de D. Vicente Serrato Tamariz y D. Fco de Sales Amgulo sobre que se declarase que las fincas adjudicadas a sor Maria Araceli religiosa que fue en dicho convento en la partición hecha a los bienes de su madre D^a Antonia Tamariz que se supone poseer el mismo convento corresponden a sus sobrinos Sr D. Vicente Serrato y demás y al vinculo fundado por D. Gregorio Fernandez Tirado de que es poseedor el D. Fco de Sales y Angulo...”.

que realizó el Corregidor y a la que ya hemos aludido²³. Sin embargo, lo que llama la atención es el cuestionamiento que hace de la competencia ordinaria: "(...) Aunque no había impedimento para que intentase la declinatoria, porque la executoria para la admisión de una demanda no lo es de la competencia del juzgado en el que se propone y porque en la rectitud de la sala no cabía anticipar la decisión de un artículo que no se había propuesto ni podido proponer respecto a no haberse verificado el emplazamiento de la parte demandada; no piensa esta (parte) en disputar la competencia del fuero: pero viendo que la demanda incluye diferentes acciones que se atribuyen a distintas personas y atendiendo a que semejante acumulación es ilegal opuesta al buen orden y claridad que se debe procurar en los pleitos y a otras razones, instruyó el correspondiente artículo para la separación de ramos, siguiéndose en el uno la demanda del D. Vicente Serrato y en el otro la del D. Fco de Sales Angulo. Sin embargo (...) hubo discordia entre el alcalde mayor y su acompañado y habiéndose conformado el corregidor con el dictamen de este exclusivo del artículo tuvo mi parte por conveniente interponer apelación para ante V.E. y aunque también sobre su admisión se repitió la discordia y el corregidor siguió al dictamen denegando el efecto suspensivo por último quedó este auto reformado y admitido el remedio libremente (...)”²⁴. Tras esta clarificadora exposición de los antecedentes termina suplicando que se soliciten por el Tribunal los autos íntegros y originales y se declare nulo o se revoque como injusto el auto apelado conforme a justicia que solicita con costas.

El 10 de julio de 1817 se reúnen en Sala los Señores oidores de la Audiencia del Rey, donde se procede a dar cuenta por el Relator²⁵ (Licenciado D. José Jurado) del recurso presentado por la parte. La Sala toma la decisión de “mandar libre provisión” al Corregidor para la remisión de autos originales con citación y emplazamiento de las partes.

Ya en el mes de agosto encontramos las copias de los poderes que han otorgado tanto D. Vicente Serrato como D. Francisco de Sales Angulo, con la

²³ “A los primeros pasos parece se ofreció duda sobre la competencia del fuero y habiendo hecho el corregidor cierta consulta a este superior Tribunal le mando devolver los autos para que admitiendo la referida demanda la sustanciase y determinase conforme a derecho”.

²⁴ Vemos que ya se utiliza la palabra remedio cuando se habla del recurso de reposición, que recordemos que fue el que se interpuso ante la denegación de la formación de los dos ramos.

²⁵ Para una mejor comprensión de la figura del relator: vid. Título XXIII, del Libro V de la Novísima Recopilación.

anotación de ser bastantes para litigar y, en el mes de septiembre, la personación de D. Cayetano Ramírez ante la Real Audiencia como nuevo procurador de esta parte (comprobamos que ambas partes cambian el procurador cuando litigan ante la Real Audiencia).

Los Señores oidores de la Real Audiencia estiman el recurso de apelación el 3 de octubre de 1817 y revocan la providencia apelada, reteniendo los autos en sala y mandando la formación de los dos ramos pretendidos por el apelante. Dicha estimación le es notificada a las partes el día siguiente. El 25 de octubre, la parte originariamente demandada y ahora apelante solicita que, a la vista del silencio de la parte apelada, se le considere en rebeldía y que la resolución del 3 de octubre se declare "por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada". Más de un mes después, el 28 de noviembre, el procurador de la parte apelada afirma su no oposición a la resolución y pide la ejecución de la misma. Así, el 3 de diciembre de 1817, la Sala, mediante auto declaró como consentido y pasado en autoridad de cosa juzgada el auto de la Sala de 3 de octubre con consentimiento de las partes.

Obviamente, y a pesar del revés sufrido, el interés de la parte actora sigue patente. El escrito que aparece a continuación está presentado el 5 de diciembre y en él, el procurador solicita que, para poder continuar con la justicia, se ejecute el auto del día 3 y, por tanto, por parte del escribano se formen los dos ramos separados con entrega a los interesados. Efectivamente, el 12 de diciembre la Sala manda entregar a la parte del Convento los autos para que hagan el correspondiente señalamiento en un plazo de tres días y se formen los ramos separados como se había decretado. Dicha parte manifiesta el 24 de diciembre que, aunque se le han entregado los autos para que haga el señalamiento de lo que ha de contener cada uno de los ramos que deben formarse, considera que "tanto el señalamiento como el resto de la formación incumbe a los actores no solo para ser interpelados en el curso de sus respectivas demandas, sino porque a ellos toca dividir y aplicar los documentos que han traído con diversos objetos y el interés de la mia consistirá en responder después a las demandas de que se les confiera traslado". Además, añade que su parte ya indicó bastantemente como deberían ser los ramos en una instancia anterior, tratando de persuadir la necesidad y justicia de la separación. Así, suplica a la Sala que las otras partes usen de su derecho en cuanto al señalamiento y separación de ramos o que por ella se verifique lo que expuso en el citado escrito. La Sala verificó dicho escrito.

Con el objetivo de dilatar el procedimiento lo máximo posible, la parte originariamente demandada no devuelve los autos, dando lugar a escritos de la otra parte reclamando apercibimientos y multas. De hecho, la parte llega a pedir una prórroga de ocho días, debido a que, por las ocupaciones del defensor, no ha podido llevarse a cabo el despacho del asunto. La Sala vuelve a reunirse y concede un solo día de término. Esta parte sigue intentando demorar la formación de los ramos provocando que, de nuevo, el procurador de la parte contraria solicite la devolución de los autos y multa. La parte que entorpece el procedimiento ha recibido ya dos multas de 4 ducados cada una, ya que hasta el 16 de enero de 1818 no fueron devueltos los autos.

Es tanta la urgencia de la parte demandante que el 22 de enero, D. Vicente Serrato presenta su demanda en ramo separado, fundamentándola en lo ya alegado en el pedimento originario de enero de 1816. La Sala, reunida al día siguiente, ordena dar traslado por el término ordinario del contenido de la demanda a la parte demandada.

El día 6 de febrero, la parte demandada vuelve a solicitar otra prórroga de diez días alegando que no ha recibido las instrucciones necesarias para la contestación. La Sala acepta esta petición pero solo le concede tres días más. Durante todo este tiempo, el procurador de la parte demandante sigue presentando escritos para que se aperciba a la parte del Convento por la demora que está produciendo. El 12 de febrero, de nuevo la parte demandada vuelve a solicitar ampliación del plazo, pero esta vez lo hace de una forma más rotunda, alegando defectos en el emplazamiento: "(...) se me ha conferido traslado del escrito en que se reproduce la indicada demanda; y cuando aun no se han vencido los términos que concede la ley al demandado para proponer sus excepciones perentoria, se me apremia fuertemente a su devolución, en cuya circunstancia la verifico esponiendo que aunque en el principio se notifico el traslado de la demanda a la prelada del convento como entonces iba mezclada con otra y todo lo ocurrido después ha sido sobre la separación, no hubo contestación ni tampoco se ha remitido la instrucción que necesita el defensor para verificar con el debido conocimiento y hablando rigurosamente a la sala, la notificación a la prelada no es bastante para que se considere emplazada la parte respecto a que por si sola no reúne la personalidad del Convento que es con quien se entiende la demanda y no con la prelada en su particular. Sin embargo que esta razón seria suficiente para solicitar que ante todas cosas se verificase el emplazamiento de las que tie-

nen la representación del convento y que se declarase que entretanto no corria termino ni podía inferírsele perjuicio alguno, con todo entiendo podrá suplirse concediéndome 20 días para poder obtener las instrucciones que se necesitan a fin de absolver dicho traslado como corresponde: en cuya atención: SUPlico A VE se sirva decretar que el actor promueva el emplazamiento de todas las personas que por razón de oficio representan la personalidad del convento, o por lo menos, concederme los 20 días de termino para los fines que dejo insinuados”.

Como podemos comprobar, lo que ahora alega la parte demandada es una excepción de falta de legitimación pasiva. Al día siguiente la Sala, tras la dación de cuenta por parte del Relator, consideró que debían entregarse los autos al Convento para que en un plazo de ocho días evacuase el traslado que le estaba conferido de la demanda presentada por D. Vicente Serrato. De nuevo, el procurador de la parte demandante presenta varios escritos por el retraso en la contestación, alegando la parte demandada que las instrucciones que solicitó no las había recibido, por lo que pide una prórroga de plazo. En relación al traslado sobre la falta de legitimación, el 10 de marzo de 1818 el demandante alude al carácter malicioso del retraso de la parte demandada y expone su parecer en lo relativo a la falta de legitimación pasiva alegada de contrario: entiende que cualquier cuerpo es emplazado legítimamente si se emplaza a su jefe o director²⁶. La

²⁶ Lo hace de la siguiente forma: “Contesto al traslado que me está conferido del escrito contrario en que solicita que mi parte promueva el emplazamiento de todas las personas que por razón de oficio representan la personalidad del Convento o que por lo menos se le concedan 20 días de termino para pedir y obtener instrucciones y digo: Que V.E con absoluto desprecio de semejante solicitud y dando por contestada la demanda y recibiendo el pleito a prueba se sirva hacer a su tiempo la condenación a restituir las fincas a mi principal con las costas y demás pronunciamientos favorables, pues es justicia. Quien no ha podido en el termino de dos años, que se cumplirán en mayo próximo, dar las instrucciones correspondientes a su defensor, es bien difícil que lo execute en el de 20 días. Lo que si es certísimo es que el convento convencido de su injusta detentación y habiendo agotado en el largo transcurso de dos años quantos recursos le ha sugerido su mala fe, no tiene otro fin que el de prolongar este litigio, y si el Tribunal con su acostumbrada prudencia y energía no le contiene, será bien fácil creer que jamas llegue a terminarse. Quando se esperaba que con la formación y separación de ramos, que a su instancia se mando de las dos demandas de mi parte y D. Fco de Sales Angulo, produciría sus ecepciones según lo indicaba y debía entenderse, le vemos ahora promoviendo artículos y dilatorias con lo qual se demuestra bien convincentemente que su animo no ha sido otro que el ya manifestado. En el pretesto del emplazamiento a los demás individuos del convento que exercen oficio es el mas débil que pudiera imaginarse, porque cualquier cuerpo es emplazado legítimamente con tal que se emplaze al jefe de el; y eso es lo que se practica por las leyes; bien que asi lo conoce el convento y por eso alternativamente solicita la concesión de los 20 días de termino; y a la verdad

Sala de la Real Audiencia, consciente ya de este retraso, el 12 de marzo tuvo por contestada la demanda y recibió los autos a prueba por término de veinte días comunes a las partes.

B) Segunda parte: prueba y sentencia

Ya en la fase de prueba, el 3 de abril de 1818, la parte demandante presenta su escrito de solicitud de prueba, exponiendo la fundamentación de su pretensión. Así, da por hecho la irrefutabilidad de la prohibición de que las comunidades religiosas puedan adquirir bienes raíces tanto por las leyes del reino como por la concreta aplicación a este asunto del Fuero de Córdoba. En base a esta premisa se realiza la siguiente pregunta: “¿Podrá subsistir el convento de mínimas de ecija en la posesión de las fincas que se adjudicaron en la partición de los vienes de Antonia Tamariz de Torres a sor maria de Araceli?”. A su juicio, el único hecho que puede dar lugar a la prueba efectiva es que el Convento hubiese obtenido algún Real Privilegio para esta adquisición, por lo que solicita que la Priora del Convento declare bajo juramento no deferido si es cierto que no ha obtenido privilegio alguno de ningún soberano para la adquisición de fincas que se le adjudicaron a sor María de Araceli a consecuencia del testamento de su madre. Solicita también la exhibición del mismo en el acto o que diga donde se encuentra. Si la circunstancia fuera que la causante hubiese obtenido una Real Licencia para dejar las fincas en manos muertas, también solicita que se exprese donde consta o que se manifieste en el acto.

El 14 de abril la Sala admitió la prueba y mandó que se librara provisión a las justicias de la ciudad de Écija para la evacuación de la declaración de la madre Correctora del Convento. Son tan completos los autos que incluso aparece el mandamiento a través de una Real Provisión, que tiene fecha de 15 de abril y que prevé para su incumplimiento una multa de 20 mil maravedíes²⁷. A través de

que no es fácil conviar como “20” días de espera supla un emplazamiento en forma; semejante ecuación no se formará ni se hallará en las matemáticas del convento (...).”

²⁷ “(...) para que tenga efecto lo decretado fue acordado expedir esta magnifica Carta para vos dichas justicias ordinarias en la expresada ciudad de Ecija por la qual os mandamos que luego que la recibais con ella seais requerido veais el preinserto auto y lo guardéis cumpláis y executéis y hagáis guardar cumplir y executar en todo y por todo según y como en el se contiene sin contravenirlo ni permitir su contravenencia por persona ni en manera alguna. A cuyo fin practicareis los autos y diligencias conducentes...”.

un obediencia, el Sr. Corregidor se da por requerido y manda que se cumpla y efectúe la declaración, avisando de que cuando se haya evacuado dictará la correspondiente providencia. Tras esto se lleva a cabo por parte del escribano la citación a la "Reverenda Madre Presidenta del Convento de Mínimas que dice nombrarse Sor María de la Santa Rita". A continuación, y con fecha de 8 de mayo de 1817, aparece la declaración completa de la Reverenda Madre, que se llevó a cabo en uno de los librerías del propio Convento y que se realizó ante el Corregidor, tras prestar juramento "que hizo por dios nuestro señor y a una señal de cruz en toda forma y encargo de el ofrecio decir verdad". En ella, la prelada²⁸ niega la existencia de privilegio alguno para adquirir y poseer bienes raíces recibido por ningún soberano, ni antes ni después del fallecimiento de sor María de Araceli y manifiesta su ignorancia sobre si la causante obtuvo o no Real Licencia para dejar las fincas a su hija siendo monja del citado Convento.

Desde el día 16 de mayo aparecen varios escritos de la parte demandante aludiendo al cumplimiento del plazo de prueba y suplicando que se haga público el contenido de éstas. Tras su entrega a las partes, la parte demandante en su escrito de conclusiones pide condenar al referido Convento a entregar las fincas objeto del pleito, declarando nula la adjudicación y el título de donde procedió. Basa su alegato en la intensidad con la que durante todo el proceso la parte contraria ha intentado entorpecer la acción únicamente con el fin de dilatar "sin impugnarla diametralmente, sino inventando artículos". Considera que la única excepción perentoria que podría favorecerles es la de haber obtenido privilegios o licencias del soberano para la adquisición de bienes raíces e indica que, como ha confesado la prelada, no las tienen. En relación a la posibilidad de que la causante sí hubiese tenido licencia, entiende que ésta la habría referenciado en su testamento si la tuviese. De hecho, indica que la causante "sospechando o que fuese indispensable, o instruida tal vez por alguna persona de que había disposiciones legales que prohíben la traslación de la herencia a manos muertas" previno la obligación de D. Gregorio Serrato y sus sucesores de aceptar la renuncia de su hermana y de pagarle, bien a la monja o bien al Convento, todo lo devengado desde el día de su profesión (40 ducados anuales). La coherencia en el hilo argumentativo es innegable, pues en el relato se pregunta cómo se ha llevado a cabo esa adquisición por parte del Convento a la vista de la

²⁸ Es curioso que no se mencione en ningún momento un tratamiento especial por su condición de mujer.

inexistencia de privilegios, recordando al Tribunal el celo de los soberanos para impedir “semefantes adquisiciones que como en torrente arrancaban la riqueza territorial del Estado y la depositaban en las manos muertas defando en absoluta pobreza a los legos y por consiguiente al Estado mismo”, dando a entender que la parte contraria no respetó ni la Ley fundamental del antiguo derecho por el que nadie podía al fin de sus días disponer de sus bienes a favor de iglesias, sino el quinto del mueble al que tenía derecho la collación o parroquia en caso de morir el propietario abintestato, ni la renuncia de todos los bienes raíces hecha por el que entra en alguna orden y sancionada por las leyes civiles y canónicas a favor de los parientes, ni tampoco los Concordatos celebrados entre la Silla Pontificia y la Corte de España que prohibían absolutamente la adquisición de bienes raíces a los conventos y demás manos muertas sin Real Licencia. Incluso va más allá y supone que en el caso de que la parte demandada hubiera obtenido licencia, ni aun así tendría el Convento mejor causa para la adquisición “puesto que aun existiendo este genero de concesiones se encarga por el Soberano al Consejo de Hacienda que quando las vea o se le pidan, informe sobre ellas, antes de darles cumplimiento ni informar, represente todas las ordenes dadas en contrario y los intolerables daños que se siguen a la causa publica, de que a titulo de una piedad mal entendida, se baya acabando el patrimonio de legos”. En su opinión, semejantes argumentos ya serían bastantes para obtener la acción reivindicatoria ejercida por su mandante, pero añade la disposición particular del Fuero de Córdoba del que dice que “es una de las leyes que ocupan el código de Novísima Recopilación”, mediante el cual se prohibió que ningún vecino, fuese hombre o mujer (aquí hace la distinción para que no quepa duda por el sexo del causante) vendiese ni diese a ninguna orden fuera de la Catedral su herencia²⁹. Para terminar, entiende que no es extraño, por tanto, que en el transcurso “dilatadísimo” de dos años no se haya podido producir ninguna excepción ni defensa contra la demanda y considera (para alegar la mala fe de contrario) muy agresiva la violación de la buena fe que debiera reinar en el Estado religioso, ya que estando convencida la parte demandada de que no posee privilegios ha cometido una verdadera usurpación y “hayán tomado

²⁹ Además indica que la orden que la reciba comprada o donada la perderá y el vendedor perderá los dineros. Asimismo, señala que al confirmar el privilegio se les prohibió a los escrivanos la posibilidad de que pudieran otorgar cualesquiera instrumentos de enajenación de bienes raíces a manos muertas, excepto a la Catedral bajo la pena de privación de oficio y declaración de nulidad de los instrumentos y enajenaciones mientras no precediese real licencia y privilegio de amortización a consulta del Consejo.

un empeño tan temerario y tan propio solamente de los que se deleitan con fomentar pleitos infustos y causas y autos y molestas a su contrario, aunque al fin sucumban". De hecho, le parece una temeridad resistir la entrega, por lo que suplica que se sirva proveer como indica al inicio de su escrito.

Los señores oidores de la Real Audiencia dieron traslado del escrito a la otra parte el 19 de junio de 1818. Sin embargo, la parte demandada ni contesta ni devuelve los autos, cuestión que, reiteradamente, pone de manifiesto la parte actora. Tras varios apercibimientos, el 4 de julio la parte demandada devuelve los autos argumentando las notorias ocupaciones de su defensor y sus múltiples asistencias al tribunal, que le impiden realizar la conclusión del asunto. Por ello, solicita de nuevo el poder llevarse los autos para que su parte no quede indefensa y poder proponer las pruebas que considere pertinentes. La Sala lo admite y le da tres días de plazo. La prueba propuesta consiste en la declaración de la parte demandante bajo juramento indeferido sobre cuatro cuestiones principales: si aún viven sus hermanas, su estado civil y quiénes son sus herederos; si la demanda ha sido deliberada y entablada solo por el declarante y por su propio interés o de acuerdo con sus hermanas que le han otorgado poder para ello contribuyendo respectivamente a los gastos; si le consta tanto la profesión de su tía en el año 1770 y la fecha de su fallecimiento en 1810 como que su tío don Gregorio aceptando la renuncia que aquella le hizo el 4 de septiembre de 1770 con la condición de haberle de contribuir 40 ducados anuales desde el día de la profesión y por todo el tiempo de su vida, se constituyó expresamente obligándose a sí y a sus herederos a la satisfacción de la referida cantidad y, por último que si conoce el día del fallecimiento de la causante que lo exprese. Asimismo, solicita la exhibición del poder para el caso de que haya habido representación.

La Real Provisión de Fernando VII ahora está dirigida a la villa de Lucena, lugar del domicilio del demandante para que, ante escribano que de fe, la parte actora haga la declaración solicitada por la parte demandada bajo juramento en forma, clara y abreviadamente bajo pena de 20 mil maravedíes para la Cámara. El 22 de julio de 1818 el escribano da fe de la declaración recibida ante el Sr. D. Bernardo de Luna, regidor del Ilustre Ayuntamiento y como tal regente de su real jurisdicción ordinaria por ausencia del Corregidor. En su declaración da respuesta a todos los extremos planteados, destacando el hecho de que la demanda ha sido presentada únicamente por él, ya que sus hermanas "tienen el

inconveniente de haber defado dicha su abuela en su testamento, clausula de que no pudiesen salir a ninguna herencia por haberlas mejorado con algunas fincas en esta ciudad...³⁰.

A la vista de la declaración, la parte demandada considera que no se averiguan los hechos de la fecha de profesión de la citada Sor María de Araceli ni tampoco la fecha de fallecimiento de la causante, por lo que solicita la devolución de la provisión de la Sala y su envío con citación contraria a la ciudad de Écija para la compulsión de las partidas o asientos que acrediten el día en que profesó la religiosa y el que falleció la causante. La Sala lo admitió el 6 de agosto.

En su escrito, la parte actora pone de nuevo de manifiesto el intento del Convento de entorpecer por todos los medios posibles la finalización del pleito, por ejemplo con la solicitud de nueva provisión para las nuevas pruebas solicitadas. Por ello, se opone a la solicitud en base al derecho que le compete para declarar la observancia de las fórmulas que se establecen para los juicios: "V.E. sabe muy bien que pasado el termino de prueba y hecha la publicación de probanza como se verifica en el presente negocio, no pueden producirse por los litigantes nuevos documentos sino que sean por no haber llegado hasta entonces a su noticia y furandolo asi: por consiguiente la solicitud del convento en el estado en que se halla el pleito y en los términos que se concibe es contraria a la Ley, y por tanto inadmisibile. Tambien es fribola por que ¿que influencia tendrá en la cuestión que se trata la época en que profesó sor maria de Araceli y falleció D. Antonia Tamariz?". Se cuestiona de forma irónica si, con esa información, sería legítima la adquisición del Convento y se vuelve a insistir en que la disputa se basa en la aplicación del Fuero de Córdoba revalidado por el rey Carlos III. De esta oposición se dio traslado a la parte contraria que fue requerida varias veces para contestar. De nuevo, pide prórroga del término y no devuelve los autos, por lo que es apercibida y multada y lleva a la parte demandante a solicitar infinidad de veces la devolución de los autos y la declaración de rebeldía. Sin embargo, la Sala concede la prórroga.

En su escrito de conclusiones la parte demandada pide la absolución con la condena en costas al demandante. Tras una serie de antecedentes que se remontan muchos años atrás, basa su fundamentación en la consideración de

³⁰ A modo de cautela sociini.

que el demandante ni tiene ni ha ejercitado acción alguna capaz de invalidar la partición, que fue aprobada 22 años antes de la presentación de la demanda y que él mismo autorizó con su expreso y libre consentimiento. En segundo lugar, considera que si se pudiera concebir alguna acción que le fuese competente para anular o revocar los actos testamentarios, ya estaría prescrita según la ley, ya que el actual poseedor está defendido tanto con la buena fe como con el justo y legítimo título y con la posesión continuada durante más de dos décadas. Además, niega de forma tácita la aplicación del Fuero de Córdoba a la ciudad de Écija y alega la aplicación del derecho natural en la herencia de una madre a su hija. Tras esta base material, también argumenta importantes fundamentos procesales de rabiosa actualidad: considera que el suplico de la demanda solo pedía que se declarase que le correspondían las fincas pero no se solicitaba la nulidad o revocación de dichos actos, como sí hizo posteriormente (importancia de la determinación del *petitum*) y para el remotísimo caso de ser admisibles todas las suposiciones, incluso la de competelerle la acción reivindicatoria: "todavía su personalidad sería incompetente para el intento deducido pues según los presupuestos solo podría aspirar a la sexta parte de lo que se adjudicó a sor maria Araceli, como heredera de su madre" por la partición de la herencia.

De este escrito se dio traslado a la otra parte el 25 de septiembre de 1818 que, en su contestación, suplica a la Real Audiencia que traiga los actos a la vista y sentencie definitivamente el pleito. En su defensa alude de nuevo a que el plan del Convento ha sido retardar la terminación del litigio, haciendo referencia a que todos los argumentos procesales planteados por la parte contraria se han visto frustrados. A su juicio, en la parte demandada influyen dos motivos: ver si puede retrotraer el procedimiento al estado de contestación a la demanda para que se vuelva a recibir a prueba y, por otro, el no poder contrarrestar los sólidos fundamentos en que está apoyada la demanda³¹. Nada importa el juego de las herencias entre la causante y sus hijos, salvo que la adquisición es nula porque fue hecha en infracción de las leyes. Además, menciona algo que no había dicho hasta entonces: sor María de Araceli no estaba legítimamente reintegrada

³¹ De nuevo, vuelve a recordar al tribunal que la cuestión del pleito consiste en la aplicación de la Leyes del Reino que "deciden esta question con tanta claridad que no queda el mas ligero escrúpulo: ninguna impugnación ha podido hallar la parte contraria a pesar de su fecunda cabildosidad, y así destituida de todos los recursos, para abultar la contestación del traslado que tenia pendiente, no hace mas que enumerar las clausulas del testamento de la d. Antonia, fingiendo en el dilatado ingreso de su escrito que pueden tener grande influencia".

de su legítima paterna, porque se le había costeado con ella las propinas, otros gastos y el sótano que se labró en su celda y si no podía adquirir los bienes de su legítima materna no tenía nada para renunciar cuando profesó. Para intentar paliar de alguna forma el consentimiento prestado a la partición por el mandante, alude a la nulidad en origen por haberse cometido una infracción legal de tanto calado. Se sugiere que la prohibición de la adquisición de bienes raíces por manos muertas no es única y puramente de derecho civil, sino que adquiere la condición de pública, por lo que ninguna renuncia puede convalidar el acto que se prohíbe. Incluso llega a referirse al poco poder del Rey si cualquiera de sus súbditos por un acto de su voluntad particular pudiese frustrar las disposiciones fundamentales. En relación a la falta de concreción del *petitum* alegada de contrario, entiende que ésta queda subsumida dentro de la propia reivindicación. De todas formas, entiende que si se considera como una ampliación del suplico de la demanda estaría realizado en el momento procesal oportuno, pues la parte contraria no había aún contestado a la demanda, sino propuesto artículos dilatorios.

El día 19 de noviembre de 1818 concluyó la vista ante la Real Audiencia, concretamente ante la Sala Primera constituida por los Señores Velasco, Infante y Morales. Un mes después, el 23 de diciembre se hacía pública la sentencia que absolvía a la parte demandada. Al día siguiente, la parte demandante prepara el recurso "para expresar agravio de los autos", recurso que se tuvo por preparado. El recurso fue presentado en enero de 1819 y es el último documento del que consta el expediente. En él, la parte demandante vuelve a insistir en su legitimación, tanto a título privado (por ser heredero de las fincas) como por causa pública (respeto a la normativa "colocada en un Código promulgado para toda la nación"). Junto a la impecable fundamentación del recurso ha de destacarse la importancia que le concede a la normativa que, a su juicio, no ha sido respetada por la Sala: "(...) dichas leyes, como todas las que se dirijan a mantener el equilibrio de un Estado son leyes fundamentales, que nunca pueden prescribir, ni modificarse por ningún acto individual, y que todos tienen igual personalidad para reclamarlas cuando se infringen: por que lo que pertenece a la causa pública interesa a todos en particular, y no pudiendo dudarse que estas sean pertenecientes a ellas, como literalmente se expresa en las Leyes, seria un absurdo dudar de la capacidad de cualquier individuo para reclamarlas, aunque sea el mismo que consintiera su infracción".

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Ha de recordarse que la especialidad procesal como tal aún no estaba definida en los estudios de leyes, por lo que este pleito, a pesar de su carácter local, es un verdadero ejemplo del uso de la materia procesal a principios del siglo XIX. Además, como ha podido observarse, si bien estamos en unos momentos trascendentales para la historia constitucional española (no olvidemos la cercanía temporal de un precedente liberal como fue la Constitución de Cádiz) en este litigio no subyace ninguna crítica al sistema absolutista. Es puramente jurídico, por lo que constituye un magnífico exponente de los antecedentes de nuestra actual justicia que, como hemos comprobado, no está tan distante de la que se impartía en los inicios del siglo XIX (al menos, en el orden jurisdiccional civil).

Bibliografía

ALONSO MARTÍN, María Luz, "Un caso de pervivencia de los fueros locales en el siglo XVIII: el derecho de troncalidad a fuero de Sepúlveda en Castilla la Nueva a través de un expediente del Consejo de Castilla", en Anuario de historia del derecho español, núm.48, 1978, págs. 593-614.

ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La arquitectura de la justicia burguesa: una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.

CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel, *Los fueros de los reinos de Andalucía: de Fernando III a los Reyes Católicos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

GÓMEZ BRAVO, Gutmaro, "Usos y desusos de la justicia en la España de la primera mitad del siglo XIX", en Nuevo Mundo Mundos Nuevos, Coloquios, 2008, [En línea], URL: <http://journals.openedition.org/nuevomundo/19942>

MELLADO RODRIGUEZ, Joaquín, "El fuero de Córdoba. Edición crítica y traducción", en Arbor CLXVI, 654 (Junio 2000), págs. 191-231.

MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Editorial Universitas, Madrid, 2002.

EL EMBARGO Y SUS INCIDENCIAS

Julio José Elías Baturones
Profesor de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

I. DEL CONCEPTO

En el procedimiento de apremio, el embargo constituye un elemento principal para la realización del fin de la ejecución, es decir, conseguir la plena satisfacción del crédito reconocido, ya sea por un título judicial o extrajudicial. Es un término jurídico procesal consolidado, recogido y utilizado en legislaciones procesales desde tiempos antiguos pero, en nuestra actual LEC, como con otras instituciones procesales¹, se habla, y mucho, del embargo de los bienes, su momento procesal oportuno, su alcance, etcétera, pero no hay un precepto legal inicial que lo defina.

En este sentido, hay que acudir a la doctrina para encontrar una definición elaborada de este concepto legal y, entre otros, cabe citar a uno de los autores que más han estudiado esta materia, como es, sin duda alguna, CACHÓN CADENAS², que lo define como “acto procesal que consiste en una declaración del órgano judicial mediante la cual determinados bienes, que se consideran pertenecientes al ejecutado, se afectan o adscriben a la actividad de apremio que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución del que forma parte el embargo”.

Sin perjuicio de enfocar el tema sobre el embargo, es necesario contemplar el previo requerimiento de pago, como anticipo a esta diligencia en el supuesto de impago.

¹ Por ejemplo, con el concepto de documento, donde todos los operadores jurídicos saben que es un documento pero, en la ley procesal civil, tampoco existe un artículo que lo defina.

² CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús, “La ejecución procesal civil”, Atelier-Libros Jurídicos, 2018, página 109.

II. DEL REQUERIMIENTO DE PAGO

A la hora de despachar ejecución la LEC establece como distinción el título ejecutivo judicial respecto al no judicial, y por este motivo esencial: En el primer caso, y al haber un procedimiento judicial declarativo previo, el ejecutado ya sabe que el conflicto se ha judicializado y que, además, ha perdido, por lo que no resulta necesario que se le requiera previamente de pago mientras que, en el segundo caso, no ocurre lo mismo, por lo que sí es necesario requerir de pago.

Por otra parte, en la ejecución de un título judicial, según el artículo 580 LEC, al no ser necesario requerir de pago, al ejecutado se le podrá embargar directamente sus bienes, incluso antes de que se le notifique el auto y el decreto despachando ejecución, en cambio, en el título no judicial, es decir, que no se funde en resoluciones procesales (y, equiparándose, también en las arbitrales), con carácter previo a hacer efectivo el embargo, habrá que requerir de pago al ejecutado por las cantidades que se hayan despachado ejecución, principal, intereses y costas, en los términos que se contemplan en el artículo 581 LEC.

Hay que advertir que, en el citado artículo 581, en su segundo párrafo, se aclara que en el supuesto de que se acompañe a la demanda ejecutiva un acta notarial de requerimiento de pago extrajudicial, de diez días mínimos de antelación, tampoco será necesario el previo requerimiento de pago.

En relación al lugar del requerimiento de pago, el artículo 582 LEC, hace referencia al domicilio en donde figure el título ejecutivo, salvo que el ejecutante interese que se haga, incluso de forma accidental, en cualquier lugar donde el ejecutado pudiere ser hallado, lo que, en la práctica, suele ser habitual, teniendo en cuenta los cambios frecuentes que, personas en especial situación de morosidad, suelen hacer de sus domicilios. Ahora bien, si al intentar el requerimiento de pago se practicare en el domicilio que el mismo ejecutado hizo constar como el oficial en el título ejecutivo, y personado la comisión judicial (siempre tiene que ser en comisión, formada por Gestor del SCNE y Auxilio Judicial, ya que cabe la posibilidad de embargar, como veremos), no se encontrase el ejecutado en el mismo, entonces el ejecutante podrá solicitar que, en ese acto, acreditado tal extremo de ausencia, se practique el embargo de sus bienes, independientemente que la notificación formal del auto y del decreto despachando la ejecución se demore con posterioridad.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que, en el acto del requerimiento de pago o, con anterioridad al despacho de la ejecución, el ejecutado proceda al pago de las cantidades correspondientes y, en este supuesto, el artículo 583 de la LEC dice que el Secretario Judicial (actualmente, Letrado de la Administración de Justicia), pondrá la suma de dinero a disposición del ejecutante, entregando al ejecutado justificante del pago realizado.

En el aspecto práctico, el dinero se consignará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado ya que, como bien se sabe, desde hace ya mucho tiempo, está prohibido que en las Oficinas Judiciales pueda haber dinero en efectivo, para, a continuación, transferir, o expedir (a decisión del mismo ejecutante) mandamiento de pago a favor del ejecutante.

Ahora bien, aunque el ejecutado haga uso de esta facultad dispositiva, no por ello se salva, automáticamente, de abonar las costas causadas hasta ese momento, si bien, ello lo podría conseguir si pudiera justificar que por una causa no imputable a su instancia, no pudo hacer efectivo el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución. Satisfechos intereses y costas de ejecución, en igualdad de condiciones que lo dispuesto en el artículo 570 de la LEC, el LAJ dictará decreto dando por terminado la ejecución.

III. EL ALCANCE OBJETIVO DE LA TRABA. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 584 DE LA LEC

Desde un punto de vista práctico, que no sólo dogmático, es de una gran importancia el mandato que se contiene en el artículo 584 de la LEC y, de lo que, el LAJ, por su especial, y directa, responsabilidad en el procedimiento de ejecución, no le es en nada ajeno.

Desde esta perspectiva, suele ser muy frecuente que el ejecutante interese la práctica de embargo sobre bienes del ejecutado en una suma que sería, objetivamente, desorbitante y desproporcionado, a lo que corresponde por principal y presupuesto para intereses y costas; otras veces, incluso siendo así, ante la falta de bienes susceptibles de embargo, se hace casi inevitable no embargar sobre bienes que estén ajustados a su valoración, como es, en la mayoría de los casos, la propia vivienda del ejecutado; y, por último, se plantea una situación

intermedia de muy difícil resolución, salvo aplicando, por el LAJ, lo que, se puede denominar, el uso de su "sentido común", respondiendo a la pregunta, ¿cuál sería la cantidad límite por la que sí embargaría una vivienda, 6000 €, 10.000 €, más incluso? Porque, del tenor del artículo 584 de la LEC, no está previsto una respuesta legal, sino que queda a su estricto criterio jurídico en un supuesto concreto³.

Pues bien, el artículo en cuestión, al que se merece un estudio en profundidad, y no de pasada como en la mayoría de los manuales de derecho procesal, o monografías de ejecución, hace alusión a que *"No se embargarán bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución"*, lo que resulta sensato, proporcional y, en un sentido acorde con el concepto de justicia material, basado en la definición clásica del jurisconsulto romano Ulpiano, dar a cada uno lo que le corresponde. RAMOS MÉNDEZ⁴, en un trabajo colectivo, hace referencia al "suum cuique tribuere", al inicio, al hacer referencia a como la tutela judicial efectiva es, también, ejecución, manifestando como "parece obvio que la efectividad real de la tutela (24 CE), más allá de palabrerías varias, pasa por la ejecución, cuando ésta es necesaria".

Pero el problema viene a continuación y del siguiente modo, *"salvo que en el patrimonio del ejecutado solo existieran bienes de valor superior a estos conceptos y la afección de dichos bienes resultare necesaria a los fines de la ejecución"* y, claro está, como ya se ha dicho anteriormente, esa situación se plantea con

³ Nuestra jurisprudencia, desde antiguo, hace especial mención al necesario equilibrio que, legalmente, y desde la entrada en vigor de la nueva LEC del 2000, se contempla en este artículo 584. Así, citar, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo del 2013, haciéndose eco del contenido de este precepto, y de la finalidad del embargo que "es conceder al ejecutante el derecho a percibir el producto de la realización de los bienes embargados hasta donde alcance a satisfacer el importe de la deuda"; también hay que tener en cuenta lo que se conoce como "jurisprudencia menor", o dicho de otro modo, la de las diferentes audiencias provinciales, que se hacen, igualmente, eco, de la importancia del artículo 584 LEC, porque, y cito textualmente, "no cabe olvidar que la actividad procesal de ejecución de bienes para la satisfacción del interés de un acreedor dinerario debe ser proporcionada a los fines de la ejecución" (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de diciembre del 2013). Este necesario equilibrio es objeto de múltiples pronunciamientos judiciales y de ahí la importancia, tanto teórica como práctica, del precepto legal.

⁴ RAMOS MENDEZ, Francisco, "Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal". Aelior-Libros Jurídicos, 2014, página 15.

mucha asiduidad en la práctica judicial, o dicho de otro modo más claro, situaciones en donde la parte ejecutada carece de rentas, sueldos, pensiones, cuentas corrientes, suficientes para cubrir la ejecución y, sí, en cambio, una vivienda a su nombre. ¿Qué hacer, entonces?

Buena pregunta, porque es de difícil resolución, al encontrarse los LAJ en un dilema entre dos exigencias, la primera, asegurar la proporcionalidad, la segunda, asegurar el cumplimiento del despacho de ejecución. Difícil equilibrio.

En este sentido, el artículo 584 tiene su complemento práctico con el artículo 592 de la misma Ley, al decir que, *“si el acreedor y deudor o hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución”*, entonces el LAJ responsable de la ejecución *“embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado”*, es decir, que ésta menor onerosidad sería aplicando las reglas de la proporcionalidad prevista en el 584. Lo que ocurre es que, ante la falta de bienes en el orden de preferencia establecido en el 592, aplicar la menor onerosidad y el criterio de proporcionalidad, no siempre es fácil⁵.

Una situación especialmente llamativa es cuando la deuda que sirve de título ejecutivo deriva de un procedimiento monitorio por reclamaciones de comunidad de propietarios. Pues bien, el artículo 9, 1º, letra e), tercer inciso, de la Ley de Propiedad Horizontal, dice que, en tales supuestos, el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, *“responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas”* y que el *“piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación”*, lo que hace que, en la práctica, se puedan embargar pisos o locales por deudas comunitarias realmente desproporcionadas a la cuantía total por principal, intereses y costas. Sin embargo, hay que decir que la cuestión no es nada pacífica, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

⁵ La sentencia del Tribunal Supremo ya citada, de 12 de diciembre del 2013, hace mención a esta relación entre el artículo 584 y el 592 de la LEC, porque, además de procurarse la necesaria proporcionalidad entre embargo y cantidades adeudadas, *“en el embargo hay que procurarse también la menor onerosidad para el ejecutado”*.

1. De la traba de bienes, selección de artículos

Comenzando con el artículo 585 de la LEC, la única forma de evitar el embargo, una vez despachado la ejecución, es que por el ejecutado consignara la cantidad en la Cuenta de Depósito y Consignaciones. Ahora bien, para conseguir la suspensión del embargo, hay que tener en cuenta que habrá que consignar la cantidad "total" por la que se ha despachado ejecución, y no solo por el principal, cuestión ésta que, en la práctica, no es baladí, ya que suele ser frecuente que los ejecutados piensen que, por consignar, solamente, el principal, ya es suficiente para conseguir la suspensión del embargo que se pretende trabar.

El artículo 586 hace referencia al destino de la cantidad consignada, dependiendo con qué finalidad y, así, se puede hacer por dos motivos: El primero, con ánimo de evitar la generación de intereses, pero, simultaneando la interposición de una oposición contra la ejecución y, en este supuesto, la cantidad consignada quedaría en el depósito de la Cuenta del Juzgado y el embargo seguiría en suspensión hasta que se resolviera dicha oposición. El segundo, con el ánimo de pago, entonces se entregaría al ejecutante el principal (aunque no lo diga expresamente en la Ley, en la práctica así se hace) y el resto, es decir, el presupuesto de intereses y costas se dejaría pendiente hasta liquidar los intereses y costas.

El artículo 587 de la LEC, declara que el momento del embargo dependerá, reiterando lo dispuesto en los artículos 580 y 581 y, así, cuando se tratara de títulos judiciales, en el instante del dictado del decreto por el LAJ y, en títulos no judiciales, en la descripción del acta donde se describa el requerimiento de pago y, en caso de no pagar, el embargo, ya sea de bienes concretos o genéricos, que, en dicho momento, se describirían (muebles, etcétera).

Ahora bien, el artículo siguiente, el 588 de la LEC, declara que serán nulos los embargos sobre bienes o derechos cuya efectiva existencia no conste, salvo, los depósitos y cuentas en entidades bancarias o de créditos, que sí pueden embargarse, hasta el límite de lo que el LAJ establezca como cantidad máxima que, en la práctica, corresponde con el principal más el presupuesto para intereses y costas, si bien, estos embargos, se practican telemáticamente en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, y automáticamente.

A partir del 589 de la LEC, y hasta el 633, hay una serie de artículos que se van a reseñar los de contenido más práctico en el desarrollo habitual de las ejecuciones civiles:

1.- El mismo 589, que recoge el requerimiento a la parte ejecutada para que manifieste bienes de su titularidad, con apercibimiento de desobediencia grave y de multas coercitivas.

2.- El 590, investigación judicial del patrimonio del ejecutado, de una redacción que se ha quedado completamente obsoleta ya que, en lugar de libar oficios a una larga serie de entidades y organismos, se suple, en la actualidad, en la aplicación telemática del Punto Neutro Judicial, en lo que se conoce como averiguación patrimonial integral, con conexión y, respuesta automática, en lugares como el INSS, Tesorería General de la Seguridad Social, Hacienda, Catastro, Dirección General de Tráfico, Entidades Bancarias, entre los más importantes.

3.- El importante artículo 592, que establece, como ya se ha dicho con anterioridad, que en defecto de acuerdo entre la parte ejecutante y la ejecutada sobre bienes a embargar, se establece, por que sea muy difícil, por no decir imposible, que bienes deben ser embargados, un orden de embargo que sirve como aplicación práctica de los criterios de proporcionalidad (artículo 584), facilidad para su enajenación y menor onerosidad para el ejecutado (primer párrafo del referido artículo 592):

1º.- Dinero o cuentas corrientes de cualquier clase. Para las cuentas corrientes, el embargo telemático en la aplicación que ya se ha dicho, que se conoce, por sus siglas, ECCV.

2º.- Créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores. Respecto de los créditos, lo más habitual es el embargo de las posibles devoluciones que por IRPF o IVA puedan ostentar de la AEAT que, en la práctica, y de la misma forma telemática y automática, se practican en la aplicación de embargos telemáticos, con la clave AEAT, de la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado.

3º.- Joyas y objetos de arte.

4º.- Rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo.

5º.- Intereses, rentas y frutos de toda especie.

6º.- Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales.

7º.- Bienes inmuebles.

8º.- Sueldo, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas. Como bien puede observarse, aunque su realización sea más fácil, sin embargo, el concepto de sueldos, salarios y pensiones afectarían a lo más básico en el sustento vital, tanto del propio ejecutado como de su propia familia y, por tal motivo, se relega, en el orden legalmente establecido, casi al final. Sin embargo, en la práctica, se suele solicitar por la parte ejecutante, incluso con anterioridad al embargo de los bienes inmuebles, por ser, éstos últimos, igualmente necesarios para el sustento familiar.

9º.- Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.

También podrá decretarse el embargo de empresas cuando, atendidas todas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales. Ahora bien, para este supuesto, hay que tener en cuenta que, en la práctica, son muchas las empresas que se constituyen en concurso de acreedores, por lo que, ante tal evento, habría que tener en cuenta lo establecido en el artículo 568 de la LEC, sobre la suspensión de la ejecución en caso de situación concursal o preconcursal y lo expresamente previsto por la Ley 22/2003 Concursal.

Por otra parte, antes de continuar con la selección de artículos de la traba, hay que recordar que, de forma discutible desde el punto de vista sistemático, la LEC regula, en los artículos 593 al 604, el embargo de bienes de terceros y la tercería de dominio, ya explicado en tema anterior.

IV. Con el título, "*de los bienes inembargables*", la LEC dedica una serie de artículos, igualmente importantes por su entidad práctica y habitual en la tramitación de los procedimientos de ejecución, y que van desde el 605 al 612, porque afectan a conceptos fundamentales de bienes absolutamente inembargables (605), inembargables solo para el ejecutado (606), limitación de embargos que afectan al sueldo y pensión del ejecutado (607 y 608), y sus consecuencias (609 al 612).

Comencemos con el primero de estos artículos, es decir, el 605 de la LEC, que habla de los bienes que son "*absolutamente inembargables*", es decir, que no se pueden embargar independientemente de quien sea el ejecutado. En este sentido se hace referencia a que no serán en absoluto embargables los bienes que hayan sido declarados inalienables, los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal, los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial y los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal. Del contenido de este artículo se desluce que se tratan de bienes de naturaleza jurídica que los hacen imposible su embargo, como podrían ser, por ejemplo, aquellos afectos al dominio público.

Con carácter diferente al anterior, el artículo 606 de la LEC habla de bienes inembargables pero, sólo, respecto del ejecutado, y son:

1º.- El mobiliario y el menaje de la casa, así como de las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no puede considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

Como se puede comprobar este primer apartado hace referencia a cuestiones de pura humanidad para no ser factibles el embargo, al tratarse de bienes muy sensibles y afectos a la supervivencia. Ahora bien, el concepto de "otros" puede dar lugar a dudas, ya que, es muy cuestionable lo que, hoy en día, se puede entender como "imprescindibles" y, así, ¿podría embargarse el ordenador personal, por poner un ejemplo?

Es complicado dar una respuesta clara al respecto y cada tribunal puede opinar en un sentido u otro. En este supuesto habría que aplicar los criterios de

interpretación establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil, *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*, especialmente en lo que hace referencia a la *“realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”* y, de este tenor, en un embargo de bienes concretos, en el hogar de una familia, habría que saber diferenciar entre lo imprescindible y lo superfluo, tarea ardua por excelencia.

2º.- Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

Cuando se hace referencia a libros e instrumentos hay que entenderlos referidos al contexto actual, donde la informática y los medios y soportes que los constituyen es una realidad incuestionable en el ámbito profesional y empresarial. Ahora bien, es importante resaltar la reiteración del criterio de la *“proporcionalidad”* que, con carácter general, ya lo hemos contemplado en los citados y comentados artículos 584 y 592.1 LEC.

3º.- Los libros sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

También, en este supuesto, pueden darse casos realmente llamativos porque, una cosa es embargar un crucifijo o un cáliz, y otra, bien distinta, el posible embargo de algún bien de lujo donado a una entidad religiosa que, sin perjuicio del carácter espiritual o trascendente, desde el punto de vista religioso o de las creencias populares, completamente legítimas en un Estado de Derecho como el nuestro, que protege constitucionalmente tal ejercicio, lo que resulta, igualmente evidente, que pueden darse supuestos de bienes que no constituyen, por definición, un libro sacro o dedicado al culto específico de la religión en concreto. Pero, todo ello es más que discutido y discutible, teniéndose que resolver caso por caso y con claves hermenéuticas condicionadas por el espacio (cultural, religioso, del lugar en concreto) y del tiempo.

4º.- Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley.

5º.- Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España.

El artículo siguiente, el 607 de la LEC, complementado, con un carácter muy significativo en el ámbito de los procedimientos de ejecución de familia, por el 608 de la LEC, hace referencia a como se aplican los embargos de sueldos y pensiones, con unas reglas de proporcionalidad ajustados al principio de qué, aquellos que más cobran, más deben de ser objeto de embargo, que recuerda en mucho las tablas de retención y fiscalidad de nuestro ordenamiento jurídico. Así, será inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional (para el 2017 sería de 900 euros/mes).

Ahora bien, para aquellos ejecutados que perciban ingresos, por tales conceptos, superior al SMI, se embargarán aplicando unas tablas de retención con la siguiente escala:

1º.- Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional (es decir, desde 900 € hasta 1800 €, en este año del 2019), el 30 por ciento.

Pongamos un ejemplo práctico y aritmético que aclara mejor el concepto. Así, si un trabajador percibiera (una vez practicado las deducciones que se verán a continuación) 1000 € al mes, pues, los primeros 900 € serían 0 € de embargo, por corresponder a la cuantía del SMI, mientras que los 100 € restantes se le retendría el 30%, o sea que el embargo de su sueldo quedaría fijado, mensualmente, en la suma de 30 €, del total de los 1.000.

2º.- Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional (hasta 2.700 €), el 50%.

3º.- Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional (hasta 3.600 €), el 60%.

4º.- Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional (hasta 4.500 €), el 75%.

5º.- Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90%.

A partir de esta escala, el artículo 607 hace matizaciones en atención a la acumulación de varias fuentes de ingresos (que provocará una acumulación para practicar una única retención), a la posibilidad (inversa de la anterior) de poder rebajar el Secretario Judicial (LAJ) un 10% a un 15% en los anteriores porcentajes en atención a las cargas familiares, a la deducción de los sueldos brutos de los descuentos o grabaciones por impuestos (IRPF, especialmente), para que sirva de tipo para regular el embargo.

Además, también se prevé la posibilidad de que, en lugar de que las empresas u organismos retenedores, ingresen las retenciones en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado correspondiente al procedimiento de ejecución, lo transfiera, directamente, en la cuenta que designe expresamente la parte ejecutante, algo muy propio de los procedimientos de ejecución de familia; en tales supuestos, la LEC, bien previsora para el control del despacho de la ejecución, exige que se informe, trimestralmente, de las retenciones que se van efectuando, al LAJ que es el responsable del control último en el procedimiento judicial, salvo las posibles alegaciones que las partes puedan ir haciendo en dicho procedimiento al respecto.

Ahora bien, el criterio de la escala en las retenciones periódicas por sueldos y pensiones queda matizado, con carácter excepcional pero, igualmente, generalizado en los procedimientos de familia, cuando se tratan de ejecuciones de prestaciones alimenticias y derivados de sentencias dictadas de nulidad, separación o divorcio. En tales casos, así como en las medidas cautelares (es decir, por medidas previas o coetáneas, conocidas como provisionales y que se tramitan en piezas separadas del procedimiento principal de familia), el artículo 608 de la LEC, contempla que sea el Tribunal el que fijará la cantidad que pueda ser embargada y sin aplicar la escala del 607 LEC.

En la práctica suele ser habitual que se dicte o bien una providencia (porque la LEC no es explícita del tipo de resolución a dictar) o un auto (dependiendo de si fuera necesario justificar o fundamentar jurídicamente el criterio de la decisión), para la cantidad que pueda ser embargada y, normalmente, suele atenerse a las situaciones concretas y cargas familiares, ya que no es lo mismo que un ejecutado perciba en torno al SMI o que tenga fuentes importantes de recursos;

o que tampoco es lo mismo que un ejecutado tenga solo un hijo a cargo, que cinco, o que la parte ejecutante tenga, o no, derecho, a pensión compensatoria, o que también perciba ingresos propios. La realidad es compleja y no puede determinarse unas reglas automáticas, quedando, en todo caso, a discreción judicial establecer el porcentaje.

Lo que sí se puede decir es que hay un cierto consenso en las Audiencias Provinciales de fijar, no ya tanto un porcentaje máximo, sino unos mínimos de subsistencia, por ejemplo, sobre un 15% del sueldo de la parte ejecutante por hijo a cargo y, en todo caso, no superando, aproximadamente, el 40 ó 50% del total que perciba el ejecutado ya que, sin perjuicio de sus obligaciones de responder por cargas familiares, que está sujeto a las más mínimas exigencias de la obligación como padres (no solo legal, sino incluso en lo que se conoce como obligaciones naturales en el Derecho civil), también hay que respetar el mínimo vital de supervivencia, con dignidad, de la parte ejecutada.

Por lo tanto, es un difícil equilibrio que, en la práctica judicial, no se hace nada fácil de resolver.

V. OTRAS NORMAS DE EJECUCIÓN Y TRABA

A partir del artículo 609 al 612, la LEC hace regulación de los efectos de la traba sobre los bienes inembargables, declarando, como no podría ser menos, la nulidad de pleno derecho de dicho embargo (artículo 609) la posibilidad de practicar reembargos y sus efectos (artículo 610), igualmente muy habituales en los ejecutados morosos, el embargo del sobrante (artículo 61) que es importante a efectos de determinar qué destino se dará una vez subastados bienes (muebles o inmuebles) del ejecutado y existiera cantidades por encima del principal más las costas e intereses definitivamente calculados y aprobados que, por su carácter sistemático, se explicará más adelante cuando estudiemos las subastas judiciales, y, algo muy habitual, al que dedicaremos un estudio particular, del artículo 612 LEC, que hace alusión a la mejora, reducción y modificación del embargo.

Como hemos dicho, los procedimientos de ejecución son absolutamente imprevisibles, se sabe cuándo comienzan, ante la falta de pago de una parte condenada, pero nunca cuándo pueden finalizar con el archivo de las actuaciones, que,

o bien por indicación expresa de la parte ejecutante o por acreditarse, documentalmente, del procedimiento de ejecución, se podrá acordar tal archivo por pago (artículo 570 de la LEC). Ahora bien, durante todo el procedimiento, los embargos pueden mutarse de una forma constante y reiterada, en varias posibilidades, unas para pedir nuevos embargos, otras, en sentido contrario, reducciones.

Así, el artículo 612 de la LEC, hace referencia a cómo el ejecutante podrá pedir la mejora o modificación del embargo o de las medidas de garantía adoptadas cuando un cambio de las circunstancias permita dudar de la suficiencia de los bienes embargados en relación con la exacción de la responsabilidad del ejecutado. También, y a la inversa, el ejecutado podrá solicitar la reducción o la modificación del embargo y sus garantías, cuando aquél o éstas pueden ser variadas sin peligro para los fines de la ejecución.

Resulta de nuevo importante destacar que, estas medidas, de mejora, ampliación, reducción o modificación de los embargos iniciales, lo supervisa el legislador, en el citado artículo 612, a *“los criterios establecidos en el artículo 584 de esta ley”*, es decir, al de proporcionalidad y, por este motivo destacamos en su momento la gran importancia práctica que nos merecía tal precepto de la ejecución, entre otros motivos, por su enorme trascendencia práctica.

Estas peticiones se resuelven, siempre, por Decreto del LAJ, contra el que cabe recurso directo de revisión, que no producirá efectos suspensivos. En este sentido el legislador comete un error que, por razones que no se comprende, no ha sido aún subsanado ya que, es contradictorio que el segundo apartado del artículo 612 de la LEC, con claridad meridiana y avalado por la práctica judicial, hable de Decreto y, en un sub apartado del párrafo primero, haga referencia a que el tribunal proveerá mediante “providencia” sobre estas peticiones según su criterio, sin ulterior recurso. La única explicación a esta contradicción normativa es que, aunque pueda parecer un tanto inverosímil, con tantas y variadas modificaciones legislativas de la LEC, desde la reforma operada por la Ley 13/2009 de la implantación de la nueva Oficina Judicial, aún no se hayan dado cuenta de que son pronunciamientos incompatibles, y que, en la realidad, ha quedado suprimido por el contenido expreso del siguiente párrafo.

Dicho de un modo más claro, que lo decide el LAJ por decreto, y no el Juez, por providencia (que sí se hacía antes de entrar en vigor la reforma del 2009).

VI. DE LA GARANTÍA DE LA TRABA, TANTO EN BIENES MUEBLES COMO EN INMUEBLES

Dependiendo del bien embargado, la LEC contempla las garantías para su eficaz cumplimiento; y así:

1.- El artículo 621 LEC, respecto si es sobre dinero, cuentas corrientes y sueldos. Sin perjuicio de su redacción extensa, lo que se hace en la práctica es lo que se dice al principio del precepto, es decir, ingresar tales sumas retenidas directamente en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones. El embargo de cuentas corrientes se hace de forma telemática, por lo que ya no es necesario el libramiento de oficios a entidades bancarias alguna, como, de forma obsoleta, se hace alusión en el precepto en cuestión.

2.- El artículo 622 LEC, respecto al embargo de intereses, rentas y frutos, en que se ingresan en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones o, en su caso, se procede al nombramiento de un administrador judicial.

3.- El artículo 623 LEC, respecto al embargo de valores e instrumentos financieros, de una mayor complejidad en la práctica, porque requiere una serie de trámites que se dilatan mucho en el tiempo lo que hace que, salvo la imposibilidad material de otra opción de embargo, la parte ejecutante tienda a "huir" de esta posibilidad. Remisiones a órganos financieros que coticen en mercados, requerimientos continuos, etcétera.

4.- El artículo 624 LEC, con carácter complementario, en el 626 LEC, de embargo de bienes muebles y su depósito judicial, que, a diferencia del anterior, sí suelen ser habituales y, de forma muy especial, en vehículos. El nombramiento de un depositario, distinto al titular del bien, suele solicitarse con frecuencia para evitar el posible deterioro del mal uso que pudiera hacer el propio ejecutado, que resultara difícil su enajenación. Se acuerda, como es habitual en la mayoría de los embargos, por Decreto del LAJ.

Es muy importante la descripción correcta del bien mueble, vehículos sobre todo, porque no haya ningún tipo de problemas a la hora de inscribir el embargo en el Registro de Bienes Muebles y Semovientes que suelen estar ubicados en el mismo edificio que los Registros de la Propiedad y Mercantiles. También hay

que tener en cuenta las disposiciones sobre fijación de gastos del depósito que se contemplan en el artículo 628 LEC.

5.- Otro precepto muy importante y con contenido práctico es el artículo 629 LEC, de la anotación preventiva de embargo, que, por cierto, no afecta solo a los inmuebles sino también a otros "bienes susceptibles de inscripción", como son los vehículos, antes reseñados.

Pues bien, su trascendencia e importancia es crucial en los procedimientos de ejecución porque, la anotación preventiva del embargo es crucial a la hora de determinar el orden normal de la enajenación y podría dar lugar a problemas, incidentales pero de gran connotación en la práctica, como serían las tercerías de mejor derecho e, incluso, por su no anotación (que puede parecer una paradoja, pero no lo es) de tercerías de dominio, como se ha explicado en un capítulo anterior.

De este modo, para la parte ejecutante, es muy importante y vital para el logro del resarcimiento y cobro de lo reclamado en el despacho de la ejecución, que se pueda anotar el embargo de un bien inmueble (especialmente) en el Registro de la Propiedad correspondiente porque, en una especie de carrera procesal de inscripciones, el tiempo es vital. Hasta tal punto es importante que, la LEC exige que *"en el mismo día de su expedición (del mandamiento al Registro), el Secretario Judicial (LAJ) remitirá al Registro de la Propiedad el mandamiento por fax, o en cualquiera de las formas previstas en el artículo 162 de esta ley"*, es decir, por medios electrónicos, informáticos y similares, haciéndose ya habitual incluso la conexión telemática, de juzgado al registro, que pueda hacer efectivo cumplimiento de esta remisión.

Una vez efectuado, y acreditada la conexión efectiva, el Registrador extenderá el correspondiente asiento de presentación, que es una especie de "reserva de hueco de la anotación", porque estaría a la espera de la recepción material del documento original en la forma prevista de la legislación hipotecaria, si bien, esta redacción está ya siendo superada por el inexorable avance técnico de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en lo que se conoce como "documento electrónico".

Hay que tener en cuenta que el incumplimiento, por parte del propio Juzgado, de la remisión, vía electrónica o telemática, del fax del mandamiento de

anotación del embargo al Registro de la Propiedad, puede conllevar graves perjuicios materiales en orden a la eficacia del embargo trabado, por la sencilla razón de que, entre tanto, pudiera colarse otras anotaciones de embargo sobre el mismo bien inmueble pero procedentes de procedimientos o embargos más antiguos, lo que, además del perjuicio, solo podría solventarse en incoar un procedimiento de tercería de mejor derecho que incrementaría, injustamente, el costo judicial. Por eso es tan importante que se cumpla bien y sin demora tal remisión. Y, por este mismo motivo, se suele solicitar la prórroga de las anotaciones de embargo de los bienes inmuebles, conforme a lo dispuesto en la ley hipotecaria, antes del plazo de su caducidad que es a lo cuatros años desde la inscripción original.

VII. SUPUESTOS PRÁCTICOS

1. Palabras previas

La materia del embargo es muy susceptible, por su orden práctico y habitual, de ofrecer una rica variedad de supuestos que no siempre se contemplan de forma pacífica, ante el margen de interpretación que puede dar lugar, bien sea a su admisión, control de legalidad, acomodo al despacho de ejecución, etcétera, algunos de los cuales se han ido desbrozando a lo largo de este trabajo. Sin embargo, para ofrecer una exposición más sistemática, paso a esbozar algunos de los ejemplos más habituales, producto de la experiencia del que suscribe este trabajo y de su experiencia profesional en el mundo de los tribunales, como funcionario de Justicia.

2. Supuestos

A) La concurrencia de los embargos

En primer lugar hago mención a como se suele embargar, simultáneamente, diferentes embargos y, si bien esto resulta procedente y coherente con el despacho de ejecución, no obstante, a veces se provocan situaciones que, como poco, puede resultar injustas. En este sentido, suele ser muy habitual el embargo del sueldo, en la parte proporcional prevista en el artículo 607 de la LEC, ajustado a sus diferentes tramos y, a su vez, embargo telemático de las cuentas corrientes,

cuando, en muchos casos de personas ejecutadas, es el instrumento de cobro de sueldos y pensiones.

Vamos a ver, lo expongo con el siguiente caso práctico:

El señor X debe a la entidad Y la suma de 10.000 € de principal más 3.000 € de presupuesto para intereses y costas, es decir, por la suma total de 13.000. El señor X cobra una pensión de 950 € en cantidad líquida al mes. A instancia de la parte ejecutante el juzgado, a través del Decreto de ejecución del LAJ, embarga su pensión, es decir, 15 € al mes, correspondiente al 30% del tramo y conforme a lo dispuesto en el citado artículo 607 de la LEC, teniendo en cuenta que, para este año 2019 el salario mínimo interprofesional, que es inembargable, está establecido en la suma de 900 €. Pues bien, el señor X tiene una cuenta en la entidad B, donde hacen sus ingresos mensuales, con un saldo de 3.000 € y se encuentra con la desagradable sorpresa de que, de forma telemática, le dejan la cuenta a 0€, ingresando, por vía de transferencia, a la Cuenta de Depósitos y Consignaciones dicho saldo.

Preguntas:

1ª.- ¿Es lícito el embargo del saldo de la cuenta corriente en la totalidad, hasta cubrir la suma por la que se ha despachado la ejecución?

2ª.- Para el supuesto de que no fuera así, ¿qué puede hacer el señor X?

Respuestas:

A la primera, pues claro que sí, lo avala el artículo 621, apartado 2, de la LEC, tal como lo hemos visto en su momento. Además, el embargo que le han practicado al Señor X es automático, a través de la aplicación ECCV del Punto Neutro Judicial de la Cuenta de Depósitos y Embargos, con un margen de respuesta máximo de cinco días, según el protocolo, en su momento aprobado, con una serie de entidades bancarias y cajas de ahorros. La licitud del embargo no es cuestionable. Lo que sí se puede discutir es si el saldo en la cuenta es fruto solo de los ingresos procedentes de las transferencias periódicas de la pensión que cobra o, por lo contrario, tiene otras fuentes. Desde el punto de vista legal, es una cuestión de prueba, documental, en los términos que vamos a ver en el siguiente apartado.

A la segunda, el señor X puede, por supuesto, exigir la devolución de sus 3.000 €, a través de un escrito remitido al Juzgado, firmado por su abogado y procurador, alegando la infracción del artículo 607 de la LEC, por haberle aplicado un doble embargo, el legal de dicho artículo, que se incuestionable, y el realizado en fraude de Ley, por la cuantía de un saldo acumulado de ingresos de su pensión. Ante tal solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado dictaría una diligencia de ordenación, dando traslado a la parte ejecutante por el plazo de cinco días para que pudiera hacer alegaciones y, con posterioridad, dictar un Decreto resolviendo el dilema, resolución que, en todo caso, sería susceptible de revisión por el Juez, en virtud de lo que dispone el artículo 454 bis de la LEC ya que, bien sea estimando la petición del señor X, o desestimando, la cuestión es de tal índole jurídico material que estaría justificado la ulterior revisión del Juez o Magistrado, aunque, también hay que decirlo, este criterio tampoco es pacífico, en la práctica, en los órganos jurisdiccionales, porque, también sería aceptable, la posibilidad de solo recurrir en reposición, sin ulterior recurso, en virtud de lo que dispone el primer apartado del artículo 454 bis citado.

De todas formas, independientemente de las cuestiones de índole procesal, con recurso de revisión o no, lo cierto es que, en este supuesto práctico, la solución es harto conflictiva, no hay una posición en común ni la Ley es lo suficientemente clara para resolver el incidente. En este sentido, como en muchas otras de la ejecución civil, cada juzgado puede tener un criterio u otro. Motivos de defensa y argumentación jurídica justificarían tal ambivalencia, aunque pueda parecer contradictorio.

Así, como cita CASERO LINARES⁶, hay sentencias contradictorias en las audiencias provinciales. Por ejemplo, la de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 6 de septiembre del 2006, que muestra una decisión favorable a la declaración de la inembargabilidad del embargo del saldo de la cuenta corriente de la parte ejecutada, por vulneración del artículo 607 de la LEC, decretándose por ello, la devolución retenida⁷; en cambio, el mismo autor recoge una sentencia posterior, esta vez de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 2 de septiembre del 2009, que dice lo contrario, es decir, que el embargo "de salarios no tiene porque implicar el que no se puedan embargar el saldo de la cuenta bancaria donde aquellos se

⁶ CASERO LINARES, Luis. El Embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Bosch, 2011.

⁷ Ibidem, pág. 274.

ingresen”⁸. Por lo tanto, lo que podemos deducir es que, ante una falta de una norma expresa que lo determine, se produce un cierto vacío legal que da lugar a esta falta de consenso jurisprudencial, lo que, bajo mi punto de vista, es muy negativo, al provocar inseguridad jurídica y una falta de protección de los derechos de los deudores, incumpléndose, por otra parte, el viejo principio jurídico del “favor debitoris” que se suele, precisamente, aplicar en caso de duda y por la interpretación más favorable a la parte más débil, en este caso, el deudor que solo cobra, como medio de subsistencia, una única pensión.

B) Las mejoras o reducciones de embargos

El artículo 612 de la LEC es uno de los que, en la práctica, más juego ofrece en el proceso de ejecución, tal como se ha dicho en su momento. De este modo, y entendiendo que una ejecución judicial, a diferencia del proceso declarativo previo (si nos encontramos con un título judicial, que suele ser, estadísticamente, los más habituales) se dilata mucho más en el tiempo, a veces de una forma interminable, las peticiones de mejoras de embargos (reducciones son mínimas) es de lo más frecuente que se tramitan en este tipo de procedimientos.

Pues bien, en este caso, la polémica más habitual es sí, ante una solicitud de mejora de embargo, la misma está ajustada o no a la finalidad de la ejecución. Normalmente, es que sí, porque, o no hay respuestas positivas a las medidas previas de embargo o, sencillamente, no hay más remedio que estar solicitando, una y otra vez, mejoras, como único medio o instrumento de eficacia en la ejecución y, sobre todo, teniendo en cuenta que el procedimiento de ejecución, como el civil en general, se rige por el principio de aportación de parte y dispositivo, es decir, que nunca el juzgado actúa de oficio, a pesar de que el LAJ pueda tener un margen de actuación importante.

Igual que en el supuesto anterior, vamos a ver un caso práctico:

El señor X, que solo tiene embargado a pensión y, por cierto, le estimaron su petición de alzar el embargo de su cuenta corriente, pues, a consecuencia de esta estimación y devolución de sus 3.000 €, solo le retienen 15 € al mes, notoriamente insuficiente para cubrir la suma total por la que se le despachó ejecución

⁸ Ibidem, pág. 265.

(13.000 € como se recordará). La parte ejecutante, ante tal evento, pues reacciona, lógicamente, instando la mejora del embargo del artículo 612 de la LEC, a ver si puede conseguir localizar más bienes susceptibles de embargo. Pues, de forma casual, el señor X recibe una herencia de sus padres, en concreto, una pequeña finca rústica valorada en unos 100.000 €. El banco, o parte ejecutante, solicita la mejora de embargo para ir contra dicho inmueble.

Preguntas:

- 1.- ¿Es lícita la mejora de embargo, para este supuesto?
- 2.- Para el caso de que así sea, ¿cómo puede reaccionar el señor X?

Respuestas:

A la primera, evidentemente que sí, lo ampara el artículo 612 de la LEC. El juzgado ni se plantea la disyuntiva, porque, ante un embargo efectivo de solo 15 € al mes, cualquier petición de mejora por parte de la ejecutante, bien en un embargo genérico (o sea, sin especificar bienes concretos) o de un bien determinado, no hay duda alguna que así lo acordará.

A la segunda, el señor X lo tiene aún más complicado que en el supuesto anterior, desde el punto de vista práctico. Como todos sabemos, al ir adquiriendo bienes, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.911 del Código Civil, se responde con todos los bienes, "presentes y futuros". Al recibir la herencia, y formar ya parte de su patrimonio, es lícita la petición de mejora. Lo único que podrá hacer el señor X es cuestionar la proporcionalidad, entre lo adeudado y el valor de su bien a embargar, y cuestionar su proporcionalidad, alegando contravención de lo dispuesto en el artículo 584 de la LEC, en relación con el 592, tal como ya se ha explicado en su momento.

Sin embargo, una finca rústica, sin perjuicio de una valoración inicial de 100.000 €, es de una depreciación en valor de mercado muy acentuada. Además, en caso de subasta, el precio del remate puede ser muy bajo y, en todo caso, sería difícil que el juzgado, a través del LAJ, estimara la petición de reducción, en contra de la mejora. Lo más seguro es que, a la postre, tal mejora se admitiera y se afectara el bien en la vía de apremio correspondiente.

En este punto, volviendo a citar a CASERO LINARES⁹, hay jurisprudencia de las audiencias provinciales que avalarían tal mejora de embargo y, con carácter más reciente, no citada por él (sus citas son con la vigencia de la LEC del año 1981, en este punto en concreto), cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo del 2013, que deja bien sentado, por parte de nuestro Alto Tribunal, la legalidad de las peticiones de mejora de embargo, “siempre que estén ajustadas a los fines de la ejecución”. Personalmente, muestro mi conformidad plena con este criterio, ya que, de lo contrario, resultaría casi inviable la eficacia real de un proceso de ejecución, sin merma, por supuesto, del legítimo derecho que gozan los ejecutados de ejercer su derecho de defensa, con todos los argumentos jurídicos que consideren oportunos utilizar.

C) El embargo del sobrante

Que tras un procedimiento de ejecución se pueda plantear la existencia de un sobrante, tras la subasta, adjudicación, aplicación de las cantidades del remate a principal, intereses y costas, es algo no habitual. En la mayoría de las ocasiones, no solo es que no se produzca tal evento sino que se produce lo contrario, que no se cubra tales conceptos y que, por tal motivo, la parte ejecutante tenga que pedir mejoras de embargo para continuar con la ejecución.

Ahora bien, planteemos el supuesto de que, efectivamente, haya un sobrante y que, dicha suma resultante, se tenga que, o bien devolverlo a la parte ejecutada o, en su caso, como en el presente supuesto, se aplique el sobrante a embargos provenientes de otros procedimientos ejecutivos, tanto judiciales o administrativos¹⁰.

Supuesto práctico: El señor X ha sido ejecutado en un procedimiento judicial, embargándose un piso, en letra A. Durante la tramitación del procedimiento de ejecución, se le han notificado embargos de sobrante procedente de otro procedimiento judicial de otro juzgado y uno de la A.E.A.T. El piso se adjudicó por un precio superior a principal, intereses y costas, en una suma de 35.000 €. La deuda del primer embargo del sobrante, es por 15.000 €, el del segundo, por 10.000 €.

⁹ Ibidem, págs. 361 y ss.

¹⁰ Suelen ser muy habituales los embargos de la Tesorería General de la Seguridad Social, de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, entre otros organismos oficiales.

Respuesta:

En virtud del artículo 611 de la LEC, se le practicaron dichos embargos.

Tras la subasta, y en virtud del embargo, con aplicación del artículo 672 de la LEC, actualizándose las cantidades de los embargos respectivos, el LAJ procede a transferir las sumas indicadas a cada uno de los procedimientos indicados, tanto el judicial como el administrativo, para su entrega a los deudores correspondientes. Existiendo un saldo de 10.000 €, sin haber más embargo de sobrante ni titulares de créditos posteriores, se procede a expedir esta última cantidad a la parte ejecutada, con lo que se queda finalizado el procedimiento de ejecución, dictándose el decreto fin previsto en el artículo 570 de la LEC.

VIII. CONCLUSIONES

1.- El embargo de bienes, como parte esencial del procedimiento de apremio en el proceso de ejecución civil, constituye una materia susceptible de estudio y de profundo análisis, no solo teórico por parte de los técnicos procesales encargados, como podrían ser los diferentes operadores jurídicos, tanto doctrinales (profesores universitarios) como prácticos (abogados, procuradores, jueces, fiscales y, de forma muy especial, por su responsabilidad directa, los actuales letrados de la administración de justicia), sino del día a día en el trabajo de los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil.

2.- Si bien la normativa contemplada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ha desarrollado y completado una buena parte de las posiciones de nuestra jurisprudencia en esta materia, sin embargo, al ser tan vivo y actual, el embargo no se cierra solo con una normativa expresa sino que, para favorecer el principio de seguridad jurídica en las ejecuciones, se requiere un continuo proceso de actualización.

3.- Sin embargo, no es solo el embargo sino, en general, todo el proceso de ejecución civil requiere que, a la vez se reforme desde el punto de vista legal, se haga generalizado la implantación de la Nueva Oficina Judicial para que, de una vez por todas, se pueda solucionar el enorme atasco que se produce, de una forma endémica, en los juzgados de primera instancia, convirtiendo, en muchas

más ocasiones que se debiera, una mera "entelequia" las sentencias dictadas en dicha instancia, ante la imposibilidad de medios materiales y personales para llevar a cabo, con un mínimo de eficacia y rapidez, los procesos de ejecución. Y, no solo desde el punto de vista de la ejecución de los títulos judiciales, sino también del resto de títulos ejecutivos, como son los no judiciales.

4.- El proceso de ejecución, sin duda alguna, compartiendo el criterio de una buena parte de la doctrina, forma parte muy estrecha del derecho a la tutela judicial efectiva contemplada en nuestro artículo 24 de la Constitución. No podría ser menos, porque, en suma, el juzgar no tendría sentido alguno si no se garantiza el ejecutar lo juzgado.

Bibliografía

CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús. La ejecución procesal civil, Atelier libros jurídicos, 2018.

CASERO LINARES, Luis. El embargo en la ley de enjuiciamiento civil, editorial Bosch, 2011.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución civil, Atelier libros jurídicos, 2014.

LA CUESTIÓN DE LA EFICACIA DE LA DENUNCIA PENAL INTERPUESTA MEDIANTE FIRMA ELECTRÓNICA

Lucana Estévez Mendoza

Profesora de Derecho Procesal (Universidad CEU-SAN PABLO. Madrid)

I. INTRODUCCIÓN: TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA JUSTICIA

Tradicionalmente se ha considerado que la denominada "Era Digital" se corresponde con el paso de la era de la información a la siguiente, esto es, el cambio de los años noventa a los dos mil, aunque la fecha concreta, quizás absolutamente subjetiva, se sitúe a final del milenio, entre el 2000 y el 2001¹. Entonces, el Consejo General del Poder Judicial publicaba un informe en que analizaba la imagen de la Justicia en nuestro país, en base al cual el 45% de la población opinaba que la Administración de Justicia española daba más una imagen de anticuada que de moderna².

En ese contexto, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por el Partido Popular y el PSOE el 28 de mayo de 2001³, y la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dan al Ministerio de Justicia la salida para poner en marcha una progresiva modernización de la Justicia en la que colaboran el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las demás Administraciones Públicas con competencias en materia de Justicia. Un año más tarde, se ponían en práctica

¹ SAEZ VACAS, F.: "La era digital", http://oa.upm.es/22247/1/La_era_digital.pdf (última consulta 13.9.2019).

² TOHARIA, J.J. (Dir): La imagen de la justicia en la sociedad española, Séptimo Barómetro de Opinión. Informe CENDOJ, Consejo General del Poder Judicial, E - 62J181 Noviembre de 2000, p. 165.

³ Ver medidas 12 y 14, relativas a la creación de una Oficina Judicial moderna, https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Pacto_reforma_justicia.pdf (última consulta 13.9.2019). Cfr. SANCHEZ MORON, m. "El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia", *Revista de Derecho Administrativo* nº 13, 2001.

toda una serie de iniciativas para impulsar el desarrollo de la “Administración Electrónica”, destinada a mejorar la atención a los ciudadanos.

Desde entonces, se inicia un camino de transformación, no sólo en la Administración Pública en general, sino también y de manera especial en la Administración de Justicia, asistiendo en relación a esta última a hitos como: la creación de las Oficinas Judiciales y de las Oficinas Fiscales; la aparición de normas reguladoras de la firma electrónica, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia; la reforma de las leyes procesales para normalizar el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en este entorno o la puesta en funcionamiento de sistemas como LexNET y sus planes de mejora.

Un nuevo diagnóstico de la situación de la Justicia se realiza en 2016⁴, cuando el Asesor del Ministro de Justicia en Innovación y Transformación Digital proclamaba que la sociedad digital era ya una realidad, un proceso irreversible, fruto del cual el “funcionamiento de la Justicia será digital, o no será”⁵. Se convierte así en una obligación para el Gobierno afrontar el reto de llevar a cabo la digitalización de la Justicia.

Es cierto que la concreción y madurez de las iniciativas coetáneas a este estado de situación y la aparición de nuevas propuestas y planes de actuación demuestran que, en los últimos años, se ha avanzado enormemente en la modernización de la Justicia, llevando a cabo una transformación digital que alcanza a juzgados y tribunales. Ejemplo de ello son, por un lado y en relación a las Administraciones Públicas, que es posible hablar de la Administración Electrónica como paradigma global que intenta acercar la Administración a los ciudadanos y, por otro lado, que el artículo 230.1 de la LOPJ, conforme a la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre⁶, conmina categóricamente a

⁴ La relevancia de este año se basa, entre otras razones, en la obligación impuesta por la Ley 42/2015, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que los profesionales se relacionen con la Justicia de manera electrónica a partir del 1 de enero.

⁵ CORTES, O.: “La transformación digital de la Justicia: Un camino irreversible”, *Boletín* 79, diciembre 2016, p. 34 https://www.astic.es/sites/default/files/articulosboletic/mono_6_oscar_cortes.pdf (última consulta 13.9.2019).

⁶ BOE nº 324, de 29.12.2018: Ley 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica

que “los juzgados y tribunales y las fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus funciones”. Esta disposición señala, además, que los documentos electrónicos “cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad e integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”.

En este contexto, uno de los documentos electrónicos con que se comienza a trabajar es la denuncia electrónica, objeto de estudio en este trabajo, por un lado, para analizar sus requisitos de presentación, formalización y tramitación y, por otro lado, su relevancia y grado de validez, teniendo en cuenta las exigencias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) en relación a las Leyes 18/2011, de 5 de julio⁷, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia y 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, que obligan a plantear la cuestión de si este tipo de denuncia se puede aceptar o si la gravedad del delito puede condicionar sus requisitos de presentación electrónica y, por consiguiente, la apertura de una investigación penal.

II. APROXIMACIÓN A LA FIRMA ELECTRÓNICA Y OTROS CONCEPTOS A TENER EN CUENTA

La primera norma europea que se refiere a la firma electrónica es la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre⁸, regulando los servicios de firma electrónica en la Unión Europea y reconociendo la validez de este tipo de firmas, a las que consideraba equivalentes a las firmas manuscritas y les otorgaba validez en los tribunales. El objetivo de esta Directiva era “facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico” (art. 1) y así lo hizo, solo que con problemas derivados, por un lado, de la necesaria transposición del texto a los

6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁷ BOE nº 160, de 6.7.2011: Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

⁸ DOUE L 13, 19.1.2000: Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

ordenamientos nacionales y, por otro, del hecho consecuente de que cada Estado realizaba una interpretación diferente, lo que complicaba el reconocimiento y la validez de las firmas electrónicas entre países de la UE y en sus respectivos tribunales⁹.

España transpuso la Directiva a través del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre¹⁰, posteriormente actualizado con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre de firma electrónica.

El 1 de julio de 2016 entró en vigor el Reglamento 910/2014, de 23 de julio de 2014¹¹, conocido como Reglamento eIDAS, que derogaba la Directiva de 1999 y establece un marco legal común para las firmas electrónicas en la UE, siendo, por su propia naturaleza, directamente aplicable en los Estados miembros.

De acuerdo con las normas vigentes, en concreto el artículo 3 del Reglamento, la firma electrónica se define como "los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar". Si bien, a simple vista, esta definición parece una especie de tautología retórica, viene a significar que la firma es algo adicional, algo que se añade, de ahí que prácticamente cualquier añadido, dígase un texto cualquiera con tal de tener una naturaleza intangible, podría ser considerado firma electrónica.

Ahora bien, el legislador complementa la definición con dos características que, a su vez, dan lugar a dos tipos de firmas electrónicas: la avanzada y la cualificada.

⁹ Cfr. <https://blog.signaturit.com/es/eidas-nuevos-tiempos-para-la-firma-electronica-en-europa> (última consulta 14.9.2019).

¹⁰ BOE nº 224, de 18.9.1999: Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre sobre firma electrónica.

¹¹ DOUE L 257, de 28.8.2014: Reglamento (UE) nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

- La firma electrónica avanzada debe cumplir un conjunto de requisitos (art. 26 del Reglamento 910/2014), a saber: 1º estar ligada unívocamente a una persona; 2º que sirva para identificarla; 3º que la firma se haya generado con confianza y control exclusivo de esa persona; y 4º que la firma mantenga la integridad del contenido firmado, es decir, que asegure que el documento firmado es exactamente el mismo que el original y que no ha sido alterado ni modificado o que, sí que se modifica el texto firmado o la firma, el cambio es detectable.
- En cuanto a la firma electrónica cualificada, exige un rasgo adicional, por cuanto requiere para su configuración el uso de dispositivos seguros de creación de firmas mediante certificados digitales.

La normativa española, anterior al Reglamento, pero acorde a él, además de definir la firma electrónica en términos similares a la norma europea, prevé también dos tipos de firma electrónica, con los mismos rasgos que las mencionadas pero diferente nomenclatura, distinguiendo entre la firma avanzada y la reconocida (art. 3 de la Ley 59/2003).

Si bien, evidentemente, la firma electrónica identifica al firmante y, aunque lo obvie el legislador en el Reglamento europeo, también al contenido firmado, ya que la firma sirve para mantener la integridad de la información, la firma electrónica avanzada ha de cumplir con unas exigencias mayores y la firma electrónica reconocida todavía otras más adicionales.

Otros conceptos relacionados con esta disquisición que conviene traer a colación son:

- Por un lado, qué es la identificación electrónica, entendida como “el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica” (art. 3.1 del Reglamento).
- Por otro lado, que implica el sello electrónico, que se define como “datos en formato electrónico anejos a otros datos en formato electrónico, o asociados de manera lógica con ellos, para garantizar el origen y la

integridad de estos últimos” (art. 3.1 del Reglamento). Nótese que, de la misma manera que se ha hecho referencia antes a la firma electrónica, existe el sello avanzado y el sello cualificado.

Así, de manera simplificada, la firma electrónica identifica electrónicamente a una persona e implica el sellado electrónico de lo firmado por esta vía, haciendo imposible el repudio del documento firmado, es decir, acabando con la posibilidad de poder afirmar que no se ha firmado uno u otro documento concreto.

Los efectos jurídicos de la firma electrónica quedan determinados por el legislador desde el momento en que establece que “no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o por no cumplir los requisitos de una firma electrónica cualificada” (art. 25.1 del Reglamento 910/2014). Además, se pondera de toda forma que “una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita” (art. 25.2) y, es más, si está basada en un certificado cualificado¹² emitido por un Estado europeo, su validez excederá el ámbito nacional de ese Estado, desplegándose a nivel internacional, es decir, siendo válida y reconocida como tal en el resto de países de la Unión (art. 25.3).

Mientras se iba mejorando el marco jurídico de la firma electrónica, la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que sustantiva la Justicia Electrónica como parte específica de la Administración Electrónica, informa de los derechos de los ciudadanos ante la Justicia, considerando uno de ellos el hecho de poder usar los sistemas de identificación y firma electrónica para cualquier trámite electrónico a realizar con la Administración de Justicia, en los términos establecidos por las leyes procesales. Se reconoce la eficacia de la firma al disponer el artículo 14 de esta norma que “la Administración de Justicia admitirá, en

¹² Según el artículo 3 del Reglamento 919/2014, un certificado de firma electrónica es una declaración electrónica que vincula los datos de validación de una firma con una persona física y confirma, al menos, el nombre o el seudónimo de esa persona, mientras que un certificado cualificado de firma electrónica es un certificado de firma electrónica que ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y que cumple los requisitos establecidos en el anexo I de la norma europea.

sus relaciones por medios electrónicos, sistemas de firma electrónica que sean conformes a lo establecido en la Ley 59/2003¹³.

Es más, decididamente, esta Ley 18/2011 da un golpe en la mesa al obligar a los jueces, magistrados, abogados, procurados, fiscales y demás personal de la Administración de Justicia a utilizar medios electrónicos, disponiendo que “los profesionales de la justicia presentarán sus demandas y otros escritos por vía telemática a través de los sistemas previstos en esta Ley, empleando firma electrónica reconocida” (art. 36), en otras palabras, usando un certificado digital.

En línea con la Administración Electrónica, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁴, hace un esfuerzo por hacer asequible los requerimientos técnicos para el trato entre Administración-Ciudadano (A2C). Así, considera que la identificación electrónica goza de validez para interactuar con los servicios digitales gubernamentales, dejando la firma electrónica para operaciones que reclamen mayor compromiso por parte del ciudadano.

Avanzando un paso más, esta Ley admite los sistemas de firma avanzados y reconocidos y, respecto de los sistemas de identificación, además de este tipo de firmas, permite el uso de mecanismos de clave concertada, como es la plataforma cl@ve¹⁵, así como otros que puedan desarrollar las administraciones públicas con el fin de agilizar la interacción de la ciudadanía.

III. LA DENUNCIA PENAL EN EL ÁMBITO DIGITAL

1. Denuncia: concepto y requisitos de presentación

La denuncia es una figura jurídica de obvia trascendencia en el proceso penal como uno de los mecanismos que pueden darle inicio, en tanto que pone en

¹³ Téngase en cuenta que la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, es sobre firma electrónica. Ver BOE nº 304, de 20.12.2003.

¹⁴ BOE nº 236, de 02.10.2015: Ley 39/2015, de 1 de octubre, el Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁵ Ver https://clave.gob.es/clave_Home/clave.html

conocimiento de la Administración de Justicia unos hechos que revisten caracteres de delito, reprobables por la sociedad. Implica una declaración de conocimiento o ciencia susceptible de abrir una investigación respecto de unos hechos aparentemente delictivos, diferenciando la LECrim, según la forma en que tales hechos hayan llegado a ser conocidos por el denunciante, entre supuestos en que denunciar tiene carácter de obligación (art. 262 y 263 LECrim) y cuando se trata de un “deber cívico”¹⁶ (art. 264. LECrim).

Los caracteres de la denuncia se plasman en el Título Primero del Libro II de la LECrim (art. 259 a 269), un articulado decimonónico y sintético de 11 disposiciones que, en esencia, han demostrado su supervivencia a lo largo de los años con muy pocas modificaciones.

En cuanto a las formalidades de presentación de la denuncia, el artículo 265 LECrim reza que “las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial”. De hacerse por escrito, el artículo 266 LECrim, en su primera parte, dispone las condiciones al señalar que “deberá estar firmada por el denunciador; y si no pudiere hacerlo, por otra persona a su ruego”. En cambio, si se trata de una denuncia verbal, el procedimiento se traduce en que el denunciante exprese cuantas noticias tenga de los hechos denunciados y de las circunstancias que lo rodean y la autoridad o funcionario que la recibe ha de recogerla en un acta, firmada por denunciante (o persona a su petición) y receptor de la denuncia, tal y como establece el artículo 267 de la Ley.

El artículo 268 dispone que, tanto se trate de una denuncia oral como de una escrita, al ser recibida se verificará por cédula personal, o por otros medios que se reputen suficientes, la identidad de la persona del denunciador, introduciendo una garantía adicional consistente en que, así formalizada, “se procederá o mandará proceder inmediatamente, por el Juez o funcionario a quien se hiciese, a la comprobación del hecho denunciado” (art. 269 LECrim). En cuanto a quién ha de realizar la identificación del denunciante, puede ser el juzgado, tribunal, autoridad o funcionario que recibe la denuncia, ya que es sabido que ésta se puede presentar ante autoridad judicial, policial o incluso ante el Ministerio Fiscal (art. 264 LECrim).

¹⁶ ARMENTA DEU, T.: Lecciones de Derecho Procesal Penal, Ed. Marcial Pons, 11 edición, Madrid, 2018, p. 154.

Un rasgo a destacar en cuanto al procedimiento de tramitación de una denuncia es el previsto en la segunda parte del artículo 266 LECrim, que señala “la autoridad o funcionario que la recibiere rubricará y sellará todas las hojas en presencia del que la presentare”. He aquí un requisito de presencia binomial que relaciona al órgano receptor de la denuncia con la persona del denunciante. Dado que la presencia como tal tiene un origen existencialista y temporal, resulta necesario enmarcar este hecho bajo la necesidad de una ubicación física y coincidente de ambas partes, receptor y denunciante, sobre una actuación concreta: rubricar y sellar todas las hojas de la denuncia.

Si bien esta exigencia de presencialidad, surgida del discernimiento racional sobre la norma sustantiva que la doctrina ha llevado a cabo sobre este extremo, no ha planteado problemas durante años, la irrupción de la sociedad digital la pone en entredicho, por cuanto ha aportado nuevas formas de estar y de ser en la convivencia interpersonal, distintas de la física.

El carácter electrónico de este instrumento jurídico en el ámbito penal no ha sido suficientemente tratado en la doctrina ni en la jurisprudencia, a pesar de la madurez del reconocimiento de la personalidad por vía telemática y su consolidación en otros ámbitos del ordenamiento. Si bien la representación personalísima queda reconocida a través de medios electrónicos como la firma digital, tanto a nivel privado como en el ámbito administrativo, la intensa era digital en que vivimos parece quedar desdibujada dentro del proceso penal, pero ¿es realmente así y debería seguir siendo así?

2. La problemática de los efectos jurídicos de la firma electrónica en la denuncia digital

Una de las maneras de presentar una denuncia es ante una autoridad policial de cualquier clase, esto es, ante la policía de ámbito municipal, autonómica o nacional, pero también ante un cuartel o dependencia de la Guardia Civil. Tradicionalmente, este trámite se ha realizado de manera física, acudiendo a tales dependencias y, una vez que se informaba de los hechos delictivos de los que se tenía conocimiento, la autoridad policial aplica los trámites descritos, previstos en el artículo 266 y siguientes de la LECrim. Sin embargo, actualmente, es también posible presentar una denuncia a través de los portales web de los órganos policiales españoles, utilizando para ello la firma electrónica.

En concreto, existe la oficina virtual de denuncias del Cuerpo Nacional de Policía¹⁷, por un lado, y la aplicación e-denuncia de la Guardia Civil¹⁸, por otro lado. En ambos casos se prevén limitaciones, existiendo determinados delitos no denunciabiles por esta vía, además de la exigencia de acudir a una comisaría del CNP o un puesto de la Guardia Civil para, previa identificación mediante DNI, NIE o pasaporte –según la información de ambas instancias–, mediante permiso de conducir u otro documento similar –según el Consejo General del Poder Judicial–¹⁹, ratificar la denuncia presentada de forma electrónica ante un agente, firmándola agente y denunciante posteriormente. La falta de ratificación de la denuncia presentada electrónicamente implica la no tramitación de la misma, es decir, que hasta que este formalismo no se lleva a cabo, el proceso penal no está abierto y la investigación respecto a los hechos comunicados no habrá comenzado.

La razón de ser de este retraso o aplazamiento de la apertura del proceso subyace en la propia LECrim, en su artículo 266, de cuyas dos partes se desprenden los problemas esenciales que se plantean en relación al uso de la firma electrónica para dar validez a la tramitación de una denuncia.

Por un lado, surge el problema derivado de la exigencia de la firma del interesado más la rúbrica/sello del órgano receptor para poder dar trámite a una denuncia, cuya fundamentación parece ser proceder a la identificación de la persona del denunciante antes de que certifique que lo expresado (oralmente o por escrito) es cierto y así se hace constar con la firma manuscrita.

Pues bien, si se tiene en cuenta que la firma electrónica es un instrumento que identifica a una persona, si bien lo hace electrónicamente e implica el sellado electrónico de lo firmado por esta vía, se puede entender, a mi parecer, que el trámite de ratificación y firma ante un puesto de policía supone una duplicidad de la tarea identificativa y de verificación, además de una vuelta atrás en las ventajas de la digitalización de la Justicia.

¹⁷ Ver <https://denuncias.policia.es/OVD/>

¹⁸ Ver <https://e-denuncia.guardiacivil.es>

¹⁹ CGPJ: “Guía sobre la denuncia”, http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/ATENCIÓN_CIUDADANA/FICHERO/20160922_Guía_sobre_la_denuncia.pdf (última consulta 14.9.2019).

Resulta además difícil de entender, más allá de la literalidad de una norma arcaica y decimonónica en este extremo como la LECrim, el porqué de este requisito, ya que, en nuestro país, la firma electrónica y el sello digital ya se utilizan como válidos en el sector público, a la luz del Derecho Administrativo, además de en el ámbito privado. Personalmente considero que a la luz de la normativa vigente sobre uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración electrónica, incluida la Administración de Justicia, la firma electrónica debería ser tratada como un mecanismo de firma igualmente válido en el proceso penal, concretamente para la denuncia, produciendo los efectos de identificación, sellado y firma que implica desde el momento en que se firma la denuncia por vía digital, en concreto en base a dos fundamentaciones:

En primer lugar, porque el artículo 14 de la Ley 18/2011, señala, como se ha indicado anteriormente, que “la Administración de Justicia admitirá, en sus relaciones por medios electrónicos, sistemas de firma electrónica que sean conformes a lo establecido en la Ley 59/2003”, con lo que el legislador está permitiendo usar los sistemas de identificación y firma electrónica para cualquier trámite electrónico a realizar con la Administración de Justicia, en los términos establecidos por las leyes procesales que, en este caso, lo que exigen es identificación y firma, dos actuaciones que pueden realizarse, hoy por hoy, tanto en el plano físico como en el digital.

Pero, es más, en este sentido, de los artículos 9 a 11 de la Ley 39/2015, se desprende que otorga a la identificación electrónica validez para interactuar con los servicios digitales gubernamentales en tanto que la identidad de la persona se entenderá acreditada mediante el propio acto de la firma emitida mediante los sistemas de firma acreditados y concede a la firma electrónica el poder de rubricar y sellar aquellas operaciones que reclamen mayor compromiso por parte del ciudadano, como sin duda podría ser, por analogía a las solicitudes, declaraciones responsables, interposiciones de recursos, actos de desistimiento o renuncia a derechos a los que se refiere la norma administrativa, la denuncia de un hecho delictivo. No cabe duda de que, tratándose de una obligación de denunciar, el compromiso del ciudadano queda meridiano y, siendo un mero deber, la posibilidad de que, de mentir, se genere responsabilidad penal por denuncia falsa para el sujeto denunciante, también genera un grado de compromiso considerable.

En segundo lugar, porque según el artículo 25 del Reglamento 910/2014, “no se denegarán efectos jurídicos (...) a una firma electrónica por el mero hecho de

ser una firma electrónica o por no cumplir los requisitos de una firma electrónica cualificada". Si el motivo para negar efecto a la firma electrónica radicara en que no se comprueba si se trata de una firma cualificada o no, el escollo es fácilmente salvable, adaptando el sistema de denuncia virtual para que la presentación de la misma solo pueda realizarse mediante una firma electrónica cualificada (reconocida en la terminología española), es decir, amparada por un certificado electrónico cualificado.

Por otro lado, se genera el problema derivado de la exigencia de la presencialidad para tramitar la denuncia, cuya literalidad presume el aspecto físico de la misma, lo que puede suponer una fractura sobre la verdadera efectividad de la denuncia penal en el ámbito digital, considerando que, en la práctica, el hecho de poner una denuncia en un portal online deviene fútilmente a una tramitación tradicional y corriente, con lo que se pierden los beneficios de la Administración Electrónica y, por ende, la agilidad procesal derivada de la Justicia Electrónica.

El mismo artículo 25 del Reglamento eIDAS, podría permitir superar este requisito, toda vez que la premisa "no se denegarán efectos jurídicos (ni la admisibilidad como prueba)" a la firma electrónica por el mero hecho de ser electrónica, deja diáfana la intención legislativa, que por el carácter directo de la norma europea debe asumir España. La recepción online de un documento supone la no presencialidad física, característica propia de los servicios digitales que facilita la e-Administración. Si, además, se tiene en cuenta que, según la Ley 59/2003, artículo 3.4, "la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel", la necesidad de presencialidad física para volver a firmar un documento debería quedar automáticamente superada.

No obstante, sucede que la Ley española se centra en el documento electrónico como soporte de lo que denomina documentos públicos (fe pública, judicial, notarial o administrativa), documentos firmados por funcionarios según su legislación y documentos privados (art. 3.6). Ahora bien, hay una consideración de salvaguarda respecto del valor y la eficacia jurídica de los documentos electrónicos "que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable" (art. 3.7).

He aquí el quid de la cuestión, por un lado, que la legislación aplicable al proceso penal y, por tanto, a la denuncia, es anticuada y no está adaptada, en su totalidad, a las nuevas circunstancias digitales y, por otro lado, que la Ley de firma electrónica de 2003, en la que subyace esta peculiaridad de otorgar a los documentos electrónicos el carácter de soporte de los documentos firmados por funcionarios (léase el ejemplo de la denuncia), era quizás acorde a la Directiva de 1999, pero no lo es con el Reglamento, que se impone a la norma nacional por su aplicabilidad directa, su especialidad y posterioridad en el tiempo. Pero es que, además, en la propia legislación procesal se encuentra una contradicción, por cuanto este documento, como soporte firmado electrónicamente, si es admisible como prueba documental en juicio, a la luz del art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que apadrina a la Ley de Firma Electrónica, al remitirse a la misma para la comprobación de la autenticidad de lo así firmado.

IV. CONCLUSIONES

La firma electrónica tiene el aval y la solvencia para ser suficientemente válida, a efectos de identificación y ratificación del contenido firmado en procedimientos civiles y mercantiles. Sin entrar en el aspecto complementario de la presencialidad para la firma, se ha de admitir que la firma electrónica reconocida se encuentra en una fase de madurez que la hace apta para sustentar la incoación de una investigación penal mediante la presentación de una denuncia digital.

La cuestión de la presencia física supone la verificación tradicional del denunciante, del documento y del receptor, como garantía de verosimilitud y fuerza en lo que se está denunciando. No obstante, visto el refuerzo jurídico que otorga el legislador y el poder judicial al sistema de firma electrónica avanzada y cualificada o reconocida, se puede plantear que esa verificación tradicional debería ser transformada en digital, llevándose a cabo mediante firmas electrónicas (denunciante y documento electrónico de denuncia) y sellos electrónicos (receptor, documento electrónico de denuncia y los datos de firma electrónica en sí), algo absolutamente viable a la luz de la digitalización de la Administración Pública española, incluida la de la Administración de Justicia.

De no avanzar en este proceso de la forma descrita, la exigencia de ratificación física posterior de la denuncia (con la consiguiente identificación realizada

en ese momento) que se está aplicando quizás la única ventaja que plantea es que acelera el tiempo de espera en un comisaría, ya que en lugar de ir a narrar o redactar los hechos, previa identificación del sujeto informante, esperar a que éstos sean “analizados” y proceder al sellado y firma del documento, en el caso de la denuncia electrónica, los hechos ya se han enviado con anterioridad y solo se acude para ser identificado por la autoridad correspondiente y volver a firmar y sellar en papel lo sellado y firmado digitalmente, al menos por parte del denunciante.

Es cierto que, en este contexto, planea la duda de cómo actuar si en un proceso de este tipo nos encontramos con suplantaciones de identidad a través de la usurpación de las claves de firma electrónica, teniendo en cuenta que en el ámbito penal al que se ha hecho referencia se puede generar una responsabilidad penal por la presentación, en lo que nos ocupa, de una denuncia que devenga falsa, que no existe en el resto de sectores del ordenamiento en que se está empleando con éxito la firma electrónica y sus virtudes. Sin embargo, en la era digital en que nos encontramos, éstos son los nuevos riesgos y retos a afrontar, similares además a los tradicionales, pues la posibilidad de usurpación de medios de identificación personal tradicionales siempre ha existido y está también ahí.

La única diferencia radica en que, por conservadurismo, quizás nos seguimos fiando más de que, al tener que dar la cara, las actividades delictivas del tipo de presentación de denuncia falsa *in situ* disminuyen, mientras que, amparados por el anonimato del entorno digital, nos volvemos más osados.

¿EXPULSIÓN O TRASLADO DE PRESOS EXTRANJEROS DE NACIONALIDAD COMUNITARIA? UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS RAZONES DE LA ESCASA APLICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES POR LAS QUE SE IMPONE UNA PENA O MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN ESPAÑA¹

Patricia Faraldo Cabana
Catedrática de Derecho Penal
(Universidad de A Coruña)

y

M.^a Ángeles Catalina Benavente
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
(Universidad de Santiago de Compostela)

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea ha traspuesto al Derecho interno español, entre otras, la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

La Ley 23/2014 ha permitido aplicar en nuestro país el reconocimiento mutuo de resoluciones relativas a las “resoluciones judiciales firmes emitidas por la autoridad competente de un Estado miembro tras la celebración de un proceso

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Política criminal y reforma penal en una sociedad en transformación” (REF: DER2017-82390-R, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades).

penal, por las que se condena a una persona física a una pena o medida privativa de libertad como consecuencia de la comisión de una infracción penal, incluidas las medidas de internamiento impuestas de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores” (art. 63.1). Las autoridades judiciales españolas podrán transmitir sentencias condenatorias a otros Estados cuando en ellas se impongan penas o medidas privativas de libertad y se cumplan las condiciones señaladas por la ley, debiendo ejecutar asimismo aquellas que del mismo modo les hayan sido transmitidas.

Los datos estadísticos muestran que el número de beneficiarios potenciales del reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada en nuestro país es elevado, pues el número total de extranjeros de nacionalidad comunitaria condenados a prisión en España es considerable.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística², el 22,7% de las condenas de personas adultas en España en 2017 se impusieron a extranjeros, alcanzándose la cifra de 64.774 de un total de 285.336 personas adultas condenadas por sentencia firme registradas en el Registro Central de Penados. Casi la tercera parte del total de extranjeros condenados, el 32,9%, pertenecía a países de la Unión (sin contar España): 21.344 personas. En relación con los menores de 14 a 17 años, condenados de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, los porcentajes son más reducidos: de un total de 13.643 menores condenados, 2.650, el 20,8%, son extranjeros. De ellos, 626, el 23,6% del total de menores extranjeros condenados, son ciudadanos de la Unión (sin contar España).

Recapitulando, en 2020 los extranjeros constituían el 11,4% de la población residente en España, el 25,1% de los condenados adultos. La sobrerrepresentación de los extranjeros en las estadísticas criminales y penitenciarias es evidente. La tasa de condenados extranjeros adultos por cada 1.000 habitantes fue de 12,6, casi el triple que la de los españoles, 4,8. En menores, las cifras son similares. La tasa de condenados extranjeros menores por cada 1.000 habitantes es de 12,8, de nuevo casi triplicando la de los menores españoles, que alcanza 5.

² Disponibles en https://www.ine.es/prensa/ec_am_2020.pdf y <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados/>

No es objeto de este trabajo analizar las razones de esa sobrerrepresentación, abundantemente exploradas en la doctrina española³, sino destacar que el número de condenados que podrían beneficiarse del reconocimiento mutuo de las resoluciones por las que se imponen penas o medidas privativas de libertad es muy elevado, lo que tiene que ver con la alta tasa de condena de los extranjeros condenados, como hemos visto, pero también con las condenas que reciben. Según el INE, en 2020, por nacionalidad del infractor adulto, las penas privativas de libertad fueron más frecuentes entre los condenados extranjeros (20,3% del total, frente al 18,8% de los españoles). En particular, la pena de prisión supuso el 19,8% del total en los extranjeros y el 18,0% en los españoles.

España es, pues, un claro ejemplo de la discriminación que experimentan los ciudadanos extranjeros en el sistema penal. Esa situación discriminatoria se puede observar tanto en el momento de imposición de la sanción, con frecuencia privativa de libertad, como a la hora de adoptar medidas que evitan el ingreso en prisión o acortan la estancia, como la suspensión de la ejecución y la libertad condicional, según viene denunciando reiteradamente la doctrina especializada desde hace años⁴.

Ahora bien, pese a la reconocida situación de discriminación de los extranjeros en el sistema penal y penitenciario y al elevado número de condenados de nacionalidad comunitaria, hasta el momento ha habido pocas resoluciones de reconocimiento mutuo para permitir el traslado de presos a su país, sea emitidas que recibidas. Según datos del CGPJ, desde 2014, a nivel de las audiencias provinciales, se han emitido dos solicitudes de reconocimiento mutuo de estas medidas en 2015, 4 en 2016, 7 en 2017, 8 en 2018, 12 en 2019 y 6 en 2020. En la Audiencia Nacional, nada. En los juzgados de primera instancia o instrucción y juzgados de primera instancia e instrucción, una emitida en 2016, una en 2017, una en 2018, una en 2019 y 2 en 2020. En los juzgados de violencia contra la mujer, dos emitidas en 2017. En

³ Ver por todos FERNÁNDEZ BESSA, C. y BRANDARIZ GARCÍA, J. A. “Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, 4, pp. 1-25.

⁴ Ver por todos GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., “La penalización de los migrantes: irregularidad y cárcel en la construcción del Estado neoliberal”, *Migraciones*, 2016, 39, 123-147; NISTAL BURÓN, J., “La libertad condicional de los penados extranjeros. El cumplimiento en su país de residencia cuando ha sido concedida en España”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2018, 48, pp. 103-116.

Juzgados Centrales de Instrucción, ninguna emitida, ninguna recibida. En los juzgados de lo penal, 4 emitidas en 2015, 7 en 2016, 14 en 2017, 3 en 2018, 11 en 2019 y 6 en 2020. En total, por tanto, 93 solicitudes emitidas y ninguna recibida⁵.

II. ¿REGULACIÓN LEGAL INCOHERENTE? SUPERPOSICIONES Y CONTRADICCIONES

Las razones de la inaplicación del procedimiento de reconocimiento mutuo de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad no han sido estudiadas hasta el momento. En nuestra opinión, tienen mucho que ver con la prevalencia, en términos cuantitativos, de los procedimientos penal y administrativo de expulsión de extranjeros condenados. Esa prevalencia se relaciona directamente con dos factores. El primero, el interés del Estado en hacerlos funcionar, del que son prueba las declaraciones reiteradas del Ministerio del Interior en el pasado reciente según las cuales una prioridad capital de la política migratoria española es el internamiento de “extranjeros delincuentes” y la ejecución de las expulsiones vinculadas con la criminalidad⁶. El segundo factor es el mayor desarrollo práctico de los procedimientos penal y administrativo de expulsión de condenados extranjeros, viejos conocidos del Ordenamiento jurídico español, frente a las dificultades que plantea la novedad del reconocimiento mutuo, lo que hace que cuando ambas opciones estén abiertas se prefiera la expulsión, incluso cuando están implicados ciudadanos comunitarios.

El art. 89.1 del Código Penal prevé la sustitución de las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero por su expulsión del territorio español. “Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una

⁵ Disponibles en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cooperacion-con-organos-judiciales-extranjeros/Solicitudes-de-cooperacion-tramitadas-directamente-por-los-organos-judiciales/>

⁶ BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 117 y ss; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., “Crimmigration policies and the Great Recession: Analysis of the Spanish case”, en M. J. Guia, R. Koulisch y V. Mitsilegas (Eds.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights*, New York: Springer, 2016, pp. 190-191.

parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional". En el caso de que se imponga una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedan de esa duración, se cumplirán en España, pero solo "en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional" (art. 89.2 CP). "No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada" (art. 89.4 CP). En el caso de ciudadanos de la UE la expulsión se rodea de mayores cautelas, ya que la expulsión "solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales..." (art. 89.4 CP). Incluso con tales cautelas, en 2015 se impuso la expulsión penal a 58 ciudadanos comunitarios, 63 en 2016, a 53 en 2017, a 83 en 2018, a 57 en 2019 y a 50 en 2020⁷.

El artículo 57.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prevé como causa de

⁷ Según la explotación estadística del Consejo General del Poder Judicial de los datos del Registro Central de Penados, estadística condenados adultos—penas, disponible en la página web <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados/>. En estas estadísticas consta que la expulsión penal se impuso a 39 ciudadanos comunitarios en 2014, 32 en 2013 y 31 en 2012. En 2011 no hay datos. Esto es llamativo, porque antes de la reforma de 2015 el art. 89 CP solo era aplicable a ciudadanos extranjeros sin residencia legal en España, concepto en el que cabe entender que no entran los comunitarios, sobre la base de su derecho "a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español" (art. 3 RD 240/2007 y normativa comunitaria concordante, señaladamente la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) no 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE).

expulsión del territorio español "previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados"⁸.

El artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, prevé que por razones de orden público, de seguridad o de salud pública, se puede ordenar la expulsión o devolución del territorio español de uno de estos ciudadanos. En todo caso, antes de adoptarse esta medida "se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen".

Los datos estadísticos reflejan que las expulsiones con base en estas tres normas se incrementaron notablemente entre 2008 y 2018. Estas expulsiones alivian al menos en parte la presión que, de otra forma, se dirigiría al procedimiento de reconocimiento mutuo. Además, su aplicación es más sencilla para las autoridades españolas, que conocen bien el procedimiento y tienen establecidos ya protocolos de actuación, mientras que el reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se imponen penas o medidas privativas de libertad sigue siendo relativamente desconocido tanto para los operadores jurídicos como para sus potenciales beneficiarios. A ello se suma que la expulsión es un procedimiento fundamentalmente gubernativo en el que apenas se requiere la colaboración del Estado de destino, mientras que el reconocimiento mutuo

⁸ La sentencia núm. 1135/2018, de 3 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sección quinta), ha establecido como doctrina jurisprudencial que la expulsión de España de un ciudadano extranjero por vía administrativa como consecuencia de una condena penal solo es procedente cuando la pena mínima prevista en el Código Penal para el delito por el que ha sido condenado sea superior a un año de prisión. Al existir sentencias contradictorias de los Tribunales Superiores de Justicia de distintas comunidades autónomas, la Sala establece cómo tiene que interpretarse el artículo 57.2 de la LO 4/2000, que regula la expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, del extranjero que haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

es judicial, siendo necesario un cierto nivel de colaboración entre los países de emisión y ejecución.

Una vez que se pone en relación la normativa penal, penitenciaria y administrativa española relativa a los condenados extranjeros con el reconocimiento mutuo de las resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad y el traslado de presos, cabe apreciar que se producen superposiciones y aparecen ciertas contradicciones. Por razones de espacio, nos ceñiremos a las más llamativas.

En primer lugar, la condena de un ciudadano nacional de algún Estado miembro a pena de prisión superior a un año puede dar lugar a tres consecuencias distintas: a) la expulsión administrativa por razones de orden público o de seguridad pública (art. 15 RD 240/2007); b) la sustitución de toda la pena de prisión impuesta o de una parte de ella por la expulsión penal, que se ordenará en todo caso en cuanto obtenga el tercer grado o la libertad condicional (art. 89.1 CP); o c) el reconocimiento mutuo de la pena privativa de libertad con traslado del preso a un centro penitenciario en su país de residencia (arts. 63 y siguientes de la Ley 23/2014). Las posibilidades de autodeterminación del condenado y las consecuencias para él son distintas.

Tanto la expulsión administrativa como la penal y el traslado del preso se pueden realizar sin consentimiento de la persona afectada. Que la expulsión administrativa tenga lugar sin necesidad de consentimiento del afectado es lógico, dada su finalidad. Que así ocurra en el caso de la expulsión penal y del traslado vía reconocimiento mutuo suscita, como poco, cierta sorpresa. En el primer caso, porque las penas privativas de libertad deben orientarse a la rehabilitación y reinserción social del penado, debiendo plantearse si su sustitución en todo o en parte por la expulsión en contra de la voluntad del condenado atiende a esta orientación. En el segundo caso porque, siendo el objetivo declarado del traslado de presos la rehabilitación social, es dudoso que pueda conseguirse trasladando al condenado a un país en el que no quiere estar. Las consecuencias para el condenado son distintas: tratándose de expulsión administrativa o penal, no cumple la totalidad o parte de la pena de prisión impuesta, regresa a su país de residencia, donde no recibe tratamiento ni asistencia, y solo está sometido a la prohibición de regresar a España; tratándose de traslado, regresa a su país de residencia a cumplir la pena de prisión, con el consiguiente ingreso en un centro

penitenciario. La expulsión reduce el efecto preventivo de la pena y no tiene en cuenta la reinserción y rehabilitación social del condenado, que es el objetivo principal –o, al menos, el declarado– del traslado de presos.

En segundo lugar, la concesión de la libertad condicional también puede dar lugar a reacciones distintas, con distintas posibilidades de intervención y consecuencias para el condenado: a) la expulsión penal (art. 89.2 CP); b) el reconocimiento mutuo para su cumplimiento en el país de residencia (art. 93.1 a) de la Ley 23/2014); o c) el cumplimiento en España. La autorización para el cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia (art. 197 RP), por su parte, solo se aplica, en principio, a “extranjeros no residentes legalmente en España”, situación que en el caso de ciudadanos de la UE se limita a los que tienen orden de expulsión administrativa vía Real Decreto 240/2007, y a “españoles residentes en el extranjero”. En la doctrina se acepta, no obstante, que se aplique a los ciudadanos comunitarios que cumplen condena de prisión en España, sobre la base del principio de no discriminación con los ciudadanos españoles. La expulsión se puede realizar sin el consentimiento de la persona afectada, a la que simplemente se le da audiencia, mientras que la autorización para el cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia solo se concede “previa conformidad documentada del interno”. Por su parte, el reconocimiento mutuo de la medida de libertad vigilada presupone el consentimiento del condenado, pues uno de los requisitos para emitir la resolución es que el condenado “haya regresado al Estado donde reside legal y habitualmente o que, aun estando en nuestro país, haya manifestado su voluntad de regresar a éste o a otro Estado miembro que lo autorice” [art. 96.1 c) de la Ley 23/2014]. Para comprobar ese consentimiento cuando está en España, “con carácter previo a la transmisión de la resolución de libertad vigilada, la autoridad judicial preguntará a la persona condenada si desea regresar o permanecer en su Estado de residencia, concediéndole a tal efecto un plazo de treinta días” (art. 98.2, primer inciso, de la Ley 23/2014). En ninguna parte se exige que esa manifestación de voluntad sea fruto de un consentimiento informado, ni tampoco se determina qué hacer si el condenado cambia de opinión y la revoca. Se trata, pues, de un consentimiento que no está rodeado de suficientes garantías. La expulsión, además, sustituye obligatoriamente a la libertad condicional, de forma que el condenado no tiene que cumplir ninguna condición, más allá de la prohibición de regresar a España. Supone la renuncia al cumplimiento de la parte restante de la pena. En este caso, la ejecución de la pena no puede tender a la resocialización, dado que está abocada desde el principio

a la expulsión. En el caso de la autorización para el cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia prevista en el Reglamento Penitenciario, el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede adoptar “cautelos” para que la libertad se disfrute efectivamente en el país fijado (art. 197.1 RP). Al no tratarse de una expulsión, la salida del territorio español no se acompaña de una prohibición de regreso a España. En el caso del reconocimiento mutuo, si España es el Estado de emisión, el Estado de ejecución es competente tanto para la vigilancia de las medidas de libertad vigilada, como para adoptar resoluciones ulteriores en relación con ella, salvo cuando el Estado de ejecución haya hecho declaración en contrario (art. 99 Ley 23/2014). Además, también son objeto de transmisión “las medidas que, en su caso, se hubieren impuesto al condenado para el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito y demás responsabilidades pecuniarias, cuya satisfacción se debe acreditar por el mismo” (art. 98.4 Ley 23/2014).

En los casos aquí reseñados, pues, tanto las posibilidades de decisión del condenado, como las consecuencias de las diversas opciones para él son bien distintas, sin que en la normativa española se establezca criterio alguno que permita una priorización entre ellas. Los datos indican que lo que predomina es el cumplimiento en España, seguido por la expulsión penal y la autorización para el cumplimiento en el país de residencia. El reconocimiento mutuo, sea de penas de prisión o de medidas de libertad vigilada, se utiliza muy poco.

En el caso de ciudadanos de la UE, además, resulta llamativo que la expulsión penal solo proceda cuando el condenado “represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales” (art. 89.4 CP)⁹. Esto significa que si el ciudadano comunitario representa una amenaza grave puede ser expulsado sin más, esto es, sin verse sometido a ninguna medida de tratamiento, asistencia o control, así como tampoco a ninguna prohibición salvo la de no regresar a España, mientras que si no es peligroso cumplirá al menos parte de la pena en España, y al alcanzar el tercer grado o la

⁹ El art. 89 CP obliga a un juicio de proporcionalidad. El arraigo del extranjero es un límite frente a la expulsión no solo en el momento de dictar sentencia, sino también en el momento de su ejecución (Ver sobre este punto GARCÍA ESPAÑA, E., “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016).

libertad condicional podrá ser autorizado a cumplir el resto de su condena en su país de residencia, sometido a cautelas cuya naturaleza no se precisa, o bien España puede iniciar el procedimiento de reconocimiento mutuo para que cumpla en su país de residencia, sometido a las medidas que se establezcan.

III. CONCLUSIONES

La situación descrita no es razonable ni deseable en cuanto que algunas normas se elaboran desde una perspectiva exclusivamente nacional, mientras que otras siguen una perspectiva europea.

En primer lugar, la expulsión penal es muy criticada por su incapacidad para cumplir los fines de prevención general y especial de la pena y ser contraria a la individualización de la pena y a la necesaria orientación de las penas privativas de libertad a la rehabilitación y reinserción social de los condenados. Se está aplicando precisamente a los condenados que más se podrían beneficiar de la aplicación de medidas orientadas a su resocialización, esto es, a los condenados por delitos leves y menos graves¹⁰, generalmente no reincidentes¹¹. Y aunque se podría pensar que el retorno a su país de residencia favorece su reinserción social, lo cierto es que ese retorno se produce sin control, tratamiento ni asistencia de ningún tipo, sin tener en cuenta dónde tiene el condenado los lazos familiares más fuertes o las mejores perspectivas de trabajo, y en muchas ocasiones contra su voluntad. A ello se añade que el contenido aflictivo de la expulsión es mucho mayor para los condenados que pretendían establecerse en nuestro país

¹⁰ MARTÍN ESCRIBANO, P. A., *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal. Análisis jurídico penal y criminológico*. Tesis doctoral inédita, 2015. Recuperado de <https://www.tdx.cat/handle/10803/361400>. En una muestra de 285 expedientes de expulsión Martín Escribano encontró que la pena media de prisión sustituida tenía una duración de quince meses.

¹¹ Cuando los extranjeros son reincidentes el juez penal tiende a pensar que deben cumplir la pena de prisión, tal y como señala LARRAURI PIJOAN, E., "Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, 2, p. 20. La Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado asume esta tendencia, al señalar que "la expulsión judicial será, en principio, asumible, salvo circunstancias especiales, cuando la pena de prisión impuesta sea susceptible virtualmente de beneficiarse de la suspensión condicional" (p. 12). Si no se impone la expulsión por la gravedad del hecho o las necesidades de prevención general, procede el cumplimiento de la pena de prisión, salvo "en los casos en que el arraigo personal haya sido el fundamento de la inaplicación de la expulsión sustitutiva" (p. 21).

con carácter permanente que para los que entraron con la exclusiva finalidad de cometer delitos. No es admisible que se argumente que la expulsión penal responde a fines de prevención general, pues no se entiende cómo pueden alcanzarse renunciando a la ejecución de todo o parte de la pena.

En segundo lugar, la posibilidad de la expulsión, sea penal o administrativa, supone que el reo reciba un diferente trato dentro de la prisión mientras está a la espera de que se ejecute, con consecuencias muy negativas para sus perspectivas de reinserción.

En tercer lugar, aunque tanto la regulación de la expulsión penal como la de la administrativa por antecedentes penales recogen el arraigo como causa de denegación, lo cierto es que se opera con un cierto automatismo que no favorece precisamente la individualización de la decisión finalmente adoptada, lo que lleva a expulsar a condenados cuyas mejores perspectivas de resocialización se encuentran en España.

En conjunto, la lógica que informa la expulsión de condenados extranjeros nada tiene que ver con sus posibilidades de reinserción y rehabilitación social. Los instrumentos españoles dirigidos a la expulsión están interfiriendo con los de la Unión orientados al reconocimiento mutuo, impidiendo que estos últimos sean efectivos, lo que a medio plazo dificulta la cooperación judicial europea y la consecución de un verdadero espacio europeo de seguridad, libertad y justicia. Al promocionar los procedimientos de expulsión no se tiene en cuenta que el objetivo de vaciar las cárceles de extranjeros, protegiendo al mismo tiempo a las víctimas y al público en general, se puede conseguir de manera más permanente y efectiva a través de la rehabilitación y reinserción social¹², sin que tenga que considerarse necesariamente que se trata de objetivos contradictorios.

¹² La preocupación por la reinserción social de los condenados extranjeros está fundamentada. Aunque en los sistemas penal y penitenciario de los Estados miembros de la UE rige el principio de no discriminación, en la práctica los extranjeros se ven privados en muchas ocasiones de la aplicación de alternativas a la prisión o formas de liberación anticipada simplemente por esa condición de no nacionales (ver por todos DURNESCU, I., "Framework decisions 2008/947 and 2009/829: state of play and challenges". *ERA Forum*, 2017, 18(1), p. 357.

PROCESO PENAL, PRINCIPIO ACUSATORIO Y SENTENCIA EN CENTROAMÉRICA

María José Fernández-Fígares Morales
Profesora de Derecho Procesal (Universidad de Granada)

Sumario: I. EL SISTEMA ACUSATORIO COMO GARANTE DE UN VERDADERO PROCESO FRENTE AL SISTEMA INQUISITIVO. 1. Repaso histórico. 2. Proceso y sistema acusatorio. A) Principios constitucionales que conforman la relación jurídico-procesal. B) Principio propio del Derecho material que informa la relación jurídica procesal: el principio acusatorio en el proceso penal. 3. Estatus del juez y de las partes en el proceso. A) Principio acusatorio y estatus del juez. B) Principio de contradicción, derecho de defensa o audiencia y estatus de parte. 4. Ausencias detectadas en la regulación de los principios y garantías del proceso en el Código Procesal Penal de Guatemala. II. LOS VÍNCULOS ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA. 1. El principio de congruencia como manifestación del principio acusatorio. Examen del artículo 388 de Código Procesal Penal de Guatemala a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. El principio acusatorio, derecho al juez imparcial y el principio de contradicción en los ordenamientos penales avanzados. A) La asunción y determinación de los hechos delictivos en la sentencia: consecuencias del principio acusatorio y juez imparcial. B) La calificación jurídica de los hechos deducida por el juzgador: efectos del derecho de defensa y el principio de contradicción. C) La penalidad asignada por el tribunal: efectos del principio acusatorio, derecho de defensa y principio de seguridad jurídica. III. IMPLICACIONES DE LA AUSENCIA DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO Y DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. CONCLUSIONES.

I. EL SISTEMA ACUSATORIO COMO GARANTE DE UN VERDADERO PROCESO FRENTE AL SISTEMA INQUISITIVO

1. Repaso histórico

El nacimiento del sistema acusatorio se asocia a la idea de democracia desarrollada por la Grecia clásica y que se expandió al Imperio Romano. Se adoptó por los regímenes democráticos y republicanos que se sucedieron hasta el Siglo XIII, momento en el sistema inquisitivo se impuso a través de los denominados Tribunales del Santo Oficio de la Inquisición, lo que se extendió tanto en Europa como en el continente americano.

Dicho Tribunal fue creado en Europa por la Iglesia de Roma en el Siglo XIII y fue instaurado en América cuatro siglos más tarde mediante la creación de tres tribunales: los dos primeros sobre 1570 en Lima y en México por orden del Rey Felipe II de España, el tercero, sobre 1610 en Cartagena de Indias por edicto del Rey Felipe III.

El Tribunal del Santo Oficio fue la primera institución de orden supranacional y recibe el nombre de Inquisición pues esta era una de las tres formas de iniciar el enjuiciamiento de las personas a las que les achacaban determinados errores de Fe. Así, incoar por inquisición implicaba que no era precisa acusación o denuncia –las otras dos formas–. Por su parte, la acusación era de carácter personal y la efectuaba un individuo contra otro mientras que la denuncia nacía de un mero rumor sobre un sospechoso.

Actualmente, se ha evolucionado de manera diversa de modo que lo habitual es hallar sistemas mixtos, si bien se puede observar la preponderancia de uno u otro sistema de impartición de justicia. No obstante, el proceso inspirado en el sistema acusatorio se concibe hoy como paradigma de las sociedades libres y democráticas mientras que el sistema inquisitivo se asocia a regímenes más autoritarios e individualistas.

Como referente, es necesario plasmar el contenido del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales¹ en cuanto a la concepción de lo que se conoce como un proceso equitativo.

¹ Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950. El art. 6 determina: «Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo

Tal y como apunta JEANGÉY² se ha impuesto un recio criterio que apunta hacia que «una interpretación restrictiva del art. 6 –como el caso Delcourt contra Bélgica (nº 2689/65, de 17 de enero de 1970)– sería contraria a la finalidad y al objeto de la misma disposición, dada la preeminencia del derecho en un proceso equitativo en una sociedad democrática. Dicha interpretación se impone tanto al Tribunal Europeo como a las jurisdicciones nacionales, las cuales deben tomarla en cuenta en la interpretación y aplicación de dicha disposición».

Por último, mantenemos con PÉREZ VAQUERO³ que las garantías que ofrece el sistema penal acusatorio frente al anterior método inquisitivo imponen una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas –acusador y acusado– que será resuelta por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley; esto asegura la plena eficacia de los derechos de ambas partes cuando tienen que dirimir sus controversias, evitando la arbitrariedad, la parcialidad o la dependencia e imponiendo que los principios de contradicción e igualdad de armas guíen todo el proceso, en cualquier instancia.

razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia./ 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada./ 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él. b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan. d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra. e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

² JEANGÉY, C, «CEDH. Art. 6. Derecho a un proceso equitativo», en Salvioli, F. y Zanghì, C. *Jurisprudencia regional comparadas de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 417 y 434.

³ PÉREZ VAQUERO, Carlos, «El principio acusatorio según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Cambio social*, 01-02-2016, pág. 28.

2. Proceso y sistema acusatorio

El sistema acusatorio supone el reparto de tareas en los agentes intervinientes en la impartición de justicia de manera que el enjuiciamiento y la acusación han de recaer necesariamente en dos figuras distintas.

Como señala MONTERO AROCA⁴, el denominado sistema inquisitivo no representa un verdadero proceso, a diferencia de sistema acusatorio, que sí se identifica con el proceso. Según el razonamiento de este autor, si el proceso se identifica de modo esencial con que ante un tercero, independiente e imparcial, comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando un conflicto para que aquél lo solucione no de cualquier manera sino precisamente tutelando los derechos de esas partes, entonces, el sistema inquisitivo no concilia nada bien con la idea del proceso. En la medida en que el acusador se constituye en juez o si este asume las potestades plenas en cuanto se encaminen a alcanzar la verdad material, aunque sea a toda costa. O cuando, le está permitido acordar prueba de oficio con independencia de qué parte se beneficie del resultado de la misma.

El denominado sistema acusatorio sí favorece el auténtico proceso, pues promueve que sea un tercero el juez, que sea independiente e imparcial y que converjan dos partes en posiciones jurídicas enfrentadas en igualdad y con verdadera contradicción.

Algunos caracteres que se han asimilado por cierta doctrina al denominado sistema acusatorio, resultan, sin embargo, irrelevantes a efectos de procurar la auténtica naturaleza del proceso, como el hecho de que el exista o no jurado o el que el procedimiento sea o no oral, como se requiere en Estados Unidos como propio de un sistema adversarial.

Dada la asimilación de la que partimos, al identificar el sistema acusatorio como propio del verdadero sentido del concepto de proceso, conviene repasar cuales son las bases que configuran dicho concepto.

⁴ MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio entendido como eslogan político», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol.1, n. 1, 2015, pág. 70. Se puede consultar en <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

En este sentido, tomamos de MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ⁵, la conceptualización del proceso como «método que hay que seguir para desarrollar la función jurisdiccional e igualmente el mecanismo jurídico que hay que utilizar para conseguir la tutela de los derechos e intereses, objetivos o subjetivos». A esto se suma que al proceso concurren dos tipos de figuras diferenciadas: el juez, como agente que resuelve en virtud de un enjuiciamiento y las partes, como figuras que promueven dicho enjuiciamiento e instan una resolución.

Y dichos agentes intervinientes en el proceso se interrelacionan sometidos a una determinada relación jurídico procesal. La misma se rige por principios constitucionales y por principios inherentes al derecho material.

A) Principios constitucionales que conforman la relación jurídico-procesal

Los principios que configuran la relación jurídico-procesal son los siguientes:

a) El principio de contradicción y de igualdad. Como hemos señalado, en el proceso conviven el juez y las partes. Estas últimas se ubican en posiciones jurídicas enfrentadas de modo que, al menos, a una de ellas le corresponde la tarea de pedir mientras que a la otra le toca adoptar una postura frente a la petición contraria.

El principio de contradicción implica que se asegure que cada parte pueda ejercitar los derechos propios de dicha posición enfrentada, sin que se le interpongan trabas ilegítimas. Dichos derechos se encuentran amparados constitucionalmente en países como España a través del artículo 24 de la Constitución.

Además, no cabe el desequilibrio en la situación jurídica de una parte respecto a la adversa; dicho equilibrio se extrae de la inexistencia de una situación en la que una parte acapare más derechos, potestades, posibilidades u obligaciones o deberes o cargas, que la otra. Esta idea resulta fundamental, ya que su aplicación da pie a que se depure la posible resolución judicial pues esta no ha sido adoptada gracias a que una de las partes se valió de una situación de prevalencia respecto a la adversaria.

⁵ MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, 8ª Edición, Valencia, 2015, pág. 233.

El TEDH⁶ justifica la necesidad de este principio ya que «el derecho a un proceso contradictorio significa la oportunidad de que las partes tengan conocimiento y hagan comentarios sobre las alegaciones presentadas o las pruebas aportadas por la otra parte» para poder discutirlos.

En España el Tribunal Supremo⁷ se ha ocupado de resaltar los valores de ambos principios al sentar: «Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla encaminada a asegurar el éxito de la investigación y en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia».

b) El principio de publicidad. Este principio supone que las actuaciones procesales, tanto del juez como de las partes sean de carácter público. La publicidad, entonces, posibilita el control social sobre el devenir procesal. Además, este principio hace posible que las partes cuenten con la oportunidad de ejercer los derechos que le son propios: solo si conoce una parte los actos del juez o de la parte contraria estará en disposición de poder hacer valer los mismos.

Asegura el TEDH⁸ que la publicidad de las actuaciones ante los órganos judiciales protege a los litigantes contra una justicia secreta fuera del escrutinio público; también representa una de las formas de mantener la confianza en los tribunales.

c) El principio de oralidad. La oralidad supone, a su vez, la inmediación y la concentración de actos procesales. Se entiende que todos garantizan una mejor justicia ya que, por un lado, la inmediación procura que aquel que ha de juzgar

⁶ Sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993, caso Ruiz Mateos, nº 12952/87.

⁷ Sentencia del TS (español), de 25 de febrero de 2015, nº 677/2015.

⁸ Sentencia del TEDH de 15 de julio de 2003, caso Forcellini contra San Marino, nº 34657/97.

perciba directamente el acto de parte oral; por otro lado, la concentración de actos procesales orales evita la dispersión propia de las actuaciones escritas. La oralidad no se refiere a todo el proceso mientras no se perjudique este. Por ejemplo, ha sido asumida la posibilidad de realizar ciertos actos de alegación – normalmente, iniciales– así como las resoluciones.

B) Principio propio del Derecho material que informa la relación jurídica procesal: el principio acusatorio en el proceso penal

La imposición de penas por el Estado a través del juez constituye el derecho material inherente al proceso penal. Se trata, pues de un derecho público. Pero la necesaria diferenciación entre las figuras intervinientes en el proceso y sus funciones reclama la evitación de cualquier tipo de contagio o confusión. Por eso, el juez es quien decide, en su caso, imponer penas y, una parte, constituida por el Ministerio Fiscal o los ciudadanos legitimados, cuentan con derecho a acusar.

Por ello, el derecho a acusar no debe asignarse al juzgador, por lo que rige el principio acusatorio en contraposición al principio de investigación de oficio. De ello deriva también que el enjuiciamiento se refiere a los hechos planteados por las partes acusadoras y conforme a unas pruebas pedidas por estas y practicadas en el juicio. Se reservan a la parte, por tanto, los actos alegatorios y de prueba.

Es cierto que ciertos casos justifican alguna excepción a esta regla –como el supuesto de práctica de prueba de oficio– pero siempre ha de resultar una potestad secundaria y subordinada a la potestad de las partes.

3. Estatus del juez y de las partes en el proceso

A) Principio acusatorio y estatus del juez

Tal y como asegura MONTERO AROCA y otros⁹, los principios de unidad jurisdiccional, la exclusividad, el juez legal o predeterminado, que son los principios políticos de la jurisdicción, y los principios de imparcialidad, independencia,

⁹ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional I Parte General*, 14ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 64 y ss.

inamovilidad y responsabilidad, que son los determinantes del estatuto personal de los jueces, «se aplican a todos los jueces y no pueden guardar relación con clases o tipos de procesos».

De dicho régimen propio de la figura del juez se deriva que sea inconciliable la compatibilidad entre distintas funciones del proceso, que se pueden traducir en las siguientes reglas: La primera consiste en no asumir la tarea de acusar si se juzga. La distinción entre acusador y juez no es propia de un tipo de proceso en particular sino que constituye la esencia de todo proceso. Pero ambas funciones han de concurrir al auténtico proceso, por eso, no existe proceso sin acusación como tampoco podrá imponerse una pena sin acusación. Otro efecto de esta diferenciación de funciones se halla en que el objeto del proceso lo determina el acusador, sin que el juez cuente con potestad para modificarlo o fijar uno diferente¹⁰. Al juzgador, por tanto, le alcanza este límite hasta el punto de que carece de potestad para especificar los hechos que se imputan y la persona contra la que se imputa. La segunda determina no instruir si se juzga. La regla de que quien instruye no juzga es consecuencia de la incompatibilidad de funciones en el proceso. Además, la práctica jurisprudencial lo ha asimilado también con la evitación de imparcialidad objetiva del juez¹¹.

B) Principio de contradicción, derecho de defensa o audiencia y estatus de parte

Aunque el principio acusatorio y el principio de contradicción inciden en el planeamiento del proceso destaca una diferenciación entre ambos. Mientras el principio acusatorio imprime una determinada configuración al órgano jurisdiccional, el principio de contradicción es, en esencia, un principio procesal ya que sus efectos se despliegan en el modo de conformar el proceso mismo por cuanto se refiere al juego de las facultades de las partes.

¹⁰ MONTERO AROCA, Juan, FLORS MATÍES, José; LÓPEZ EBRI, Gonzalo, *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*. 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 160 y ss; en esta obra los autores plantean que el juez tampoco podría introducir hechos que favorecieran a la defensa, aunque, matiza no sería por constituir objeto del proceso sino por consistir el mismo en el objeto del debate.

¹¹ Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber*.

La titularidad del derecho de defensa de la parte deviene como consecuencia de la vigencia del principio de contradicción que regula el proceso. Dicho derecho de defensa se compone de una serie de garantías y, con frecuencia, ha sido protegido constitucionalmente.

El derecho de defensa o de audiencia se asigna a todas las partes en el proceso, por ello, no es patrimonio exclusivo del acusado. En cuanto al contenido del derecho, este se refiere a la necesidad de ser oído, lo que implica que debe actuar un acusador y que en la fase de enjuiciamiento esté presente el acusado. Además, el derecho a ser oído comprende las potestades tanto de alegación o argumentación como de actividad probatoria.

Además, el derecho comprende que las partes conozcan todos los materiales que puedan influir en la resolución judicial. Estos materiales serán tanto de tipo fáctico o de hecho como los puramente jurídicos o de derecho: obviamente, conocidos estos, contará con la posibilidad de alegar lo pertinente frente a ellos.

Añade el TEDH¹² que la esencia de este derecho a la defensa radica en que, una vez que se le haya informado de la acusación, debe garantizarse al acusado la posibilidad de ejercer su derecho de manera efectiva, concreta y, en especial, con un margen de tiempo adecuado para prepararla. Se entiende por indefensión aquella situación en la que se contiene el ejercicio del derecho de defensa, según se ha expuesto.

Nos referimos al principio de contradicción como aquel que regula el proceso donde el titular del derecho de defensa interviene. Se parte de que la confrontación, precisamente, facilita una decisión más adecuada.

Por su parte, el principio de igualdad de armas conlleva la coexistencia de los mismos derechos, las mismas posibilidades e idénticas cargas para ambas partes y la intolerancia a los privilegios a favor de una parte y en contra de la otra.

Como una de las manifestaciones propias de este principio encontramos la igualdad legal, que prohíbe cualquier ley que suponga trato de favor, sin base

¹² Sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1999, caso Pélissier y Sassi contra Francia, nº 25444/94.

objetiva, de unos ciudadanos frente a otros dentro del proceso. Por otro, se encuentra la igualdad judicial, que conlleva el trato equitativo a las partes en el proceso en cuanto a sus respectivos medios de ataque y defensa.

A menudo se ha tendido a sobreentender una situación de preponderancia o preferencia del Ministerio Público frente a las demás partes cuando el principio de igualdad de armas iguala su situación de influencia en el proceso respecto a las demás partes.

4. Ausencias detectadas en la regulación de los principios y garantías del proceso en el Código Procesal Penal de Guatemala

Revisada la exposición anterior, se echa en falta una regulación que opte por las plenas garantías de lo que se conoce como un auténtico proceso. Es cierto que la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRGT) se establece que es deber del Estado garantizar la Justicia (art. 2º) y que dicho texto de rango constitucional también asigna una serie de derechos asimilados a la detención –arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10º y 11º– pero la ordenación del sistema procesal penal adolece de falta de posicionamiento en cuanto a la relación jurídico-procesal que se diseña. En este sentido, entendemos, no basta la mención al derecho de defensa a la que se refiere el artículo 20 CPP –precepto que, prácticamente, reproduce el texto del constitucional art. 12 de la CPRGT–.

Tampoco es bastante la protección despachada actualmente a la igualdad en el proceso del art. 21 del CPP, dada la tenue y nada sistemática determinación de cuales se consideran esas “garantías y derechos” que según este artículo establecen la Constitución y las Leyes y, además, queda en el aire que el sistema obtenga certeza sobre quiénes son los auténticamente “los sometidos al proceso” quienes, según su propio tenor, gozan de las mismas.

Igualmente, el reconocimiento constitucional del libre acceso a tribunales, plasmado en el art. 29 de la CPRGT, no supone en modo alguno la regulación del contenido de lo que se entiende acceso efectivo a los tribunales ni con qué alcance cuenta.

Y es cierto que, como mantienen RAMÍREZ GARCÍA y ÁNGEL URBINA¹³, el principio jurídico al debido proceso involucra un conjunto de garantías que deben revestir los actos y disposiciones judiciales con efectos vinculantes. También la Corte Suprema ha sentado que toda persona tiene derecho a «acudir a los órganos jurisdiccionales, quienes están obligados a emitir sus resoluciones fundadas en ley, que garanticen el derecho de defensa, en observancia del principio de prevalencia constitucional»¹⁴. Sin embargo, aunque dichas observaciones existen, debemos fijarnos en que el sustrato concreto de dicha noción no aparece suficientemente dibujado, ya que los textos se limitan a regular determinadas situaciones que atañen a sujetos concretos pero sin llegar a expresar de forma meridiana qué es lo que se entiende ha de constituir un debido proceso.

Dicha carencia se observa si se echa la vista a nivel supranacional, por ejemplo, en el texto que dedica a las garantías judiciales la Convención Americana de Derechos Humanos, que está redactado desde la perspectiva del inculcado pero no resuelve tampoco la clarificación del modelo procesal¹⁵.

Por el contrario, es de anotar lo que se ha evolucionado en los países del entorno, donde destaca especialmente la protección de rango constitucional que ha asumido el proceso y el principio acusatorio en México¹⁶.

¹³ RAMÍREZ GARCÍA, Luis Rodolfo y ÁNGEL URBINA, Miguel, «Guatemala. Bases político-jurídicas del procedimiento penal: principios procesales penales y debido proceso constitucional (incluye convenciones regionales y universales)», en Maier, Julio, Ambos, Kai y Woischnik, Jan (Coords.), *Las reformas procesales penales en América latina*, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 449.

¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala del 09/04/2002 Casaciones Acumuladas No. 306-2001 y 316-2001.

¹⁵ Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

¹⁶ El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) indica que «El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación». Además, dicho precepto sienta los principios generales que, dada su pedagógica redacción, se reproducen a continuación: «A. De los principios generales: I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica; III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo; IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación

Como puede observarse, dicho texto constitucional mexicano establece con toda claridad cuál es el sistema que debe regir el proceso penal y, además, configura de manera exhaustiva los principios por los que ha de tutelarse.

Nos consta un incipiente proceso de reforma constitucional en Guatemala apoyado, entre otros cimientos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966 e incorporado al derecho guatemalteco por Decreto Número 9-92 del Congreso de la República, de 21 de febrero de 1992¹⁷. Ha de considerarse la ratificación de la protección a la que nos referimos recogida en 14 de dicho texto, que dispone: «Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (...)».

Fruto de la evolución a la que nos referimos, efectivamente, la Propuesta de Reforma Constitucional en materia de Justicia de octubre de 2016¹⁸ promueve que el artículo 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala se erija bajo el nuevo rótulo: «Garantías y principios del Sistema de Administración de Justicia» y, tras sentar una serie de garantías, dispone «La justicia se ejerce bajo los principios de oralidad, publicidad, celeridad,

de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral; V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución; VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad; VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado; IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio».

¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por Decreto Número 9-92 del Congreso de la República, de 21 de febrero de 1992; se adhirió el 1 de mayo de 1992.

¹⁸ Propuesta de Reforma Constitucional en materia de Justicia de 5 de octubre de 2016.

unidad, intermediación, equidad, economía procesal y acceso a las garantías del proceso como fundamentales para todo proceso y procedimiento judicial y administrativo».

La intención del legislador constitucional de plasmar esta protección con rango constitucional y la ausencia en Guatemala de una protección siquiera legal de semejante alcance al ejemplo mexicano, reclama que, a la del menos, mientras se materializa esa reforma constitucional, que sería realmente deseable, el Código Procesal Penal deberá ser capaz de ofrecer a los ciudadanos un nivel de protección suficiente a estas cuestiones claves para la desenvolvura real del Estado de Derecho.

Como señala CONTRERAS LOPEZ¹⁹, «la legalidad se constituye en un límite fundamental al *ius puniendi* en beneficio de los individuos; a través de este principio queda proscrita la arbitrariedad y discrecionalidad de la autoridad». Por eso, los ciudadanos deben contar con la suficiente seguridad jurídica respecto al modelo que el proceso penal prefiere, que deberá ser acusatorio y respecto a los principios que lo rigen y los derechos que suponen para las partes. Solo así, si se protege legalmente, los ciudadanos podrán intervenir con de debida certeza ante los tribunales criminales y, asimismo, dispondrán de soportes para hacer valer cualquier tipo de infracción al respecto.

Ante la realidad de dichas apreciaciones, procede establecer unas disposiciones que recojan los puntos esenciales que ha de reunir un proceso propio de una sociedad libre y un Estado Democrático de Derecho.

Asimismo, es conveniente ensalzar el principio acusatorio como eje vertebrador del proceso y regular las implicaciones que dicho principio supone sobre las potestades del juzgador y sobre los derechos, garantías y facultades de las partes procesales, más allá de la actual mención al acusado como único titular de ciertos derechos.

¹⁹ CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, «Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México, Cuestiones Constitucionales», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 33, julio-diciembre 2015, pág. 35.

II. LOS VÍNCULOS ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA

1. El principio de congruencia como manifestación del principio acusatorio. Examen del artículo 388 de Código Procesal Penal de Guatemala a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El deber de congruencia en las decisiones judiciales constituye una característica consustancial a las sentencias, ya que se entiende que debe haber una correlación entre lo solicitado por las partes y lo decidido por el órgano judicial. Así como en materia civil hay una estrecha vinculación del juez respecto de lo invocado por las partes, en el proceso penal existe una atenuación de la necesidad de congruencia en atención a las características del derecho debatido.

No obstante, la necesidad de la correlación debe matizarse por las características del proceso penal. Se ha considerado que este deber de correlación se presenta entre acusación y sentencia, constituyendo los dos actos procesales determinantes para que se cumplan los principios propios del proceso²⁰. Así, en virtud del principio acusatorio, se impone legalmente que la sentencia tiene que responder a una acusación, tal y como señala genéricamente el art. 388 CPP de Guatemala. Por otro lado, la congruencia obedece al derecho fundamental de defensa que asiste a las partes, ya que una decisión respecto de lo que no ha sido conocido en el momento de la acusación, ha sido un ámbito sobre el que no se ha ejercido defensa. En último lugar, la falta de congruencia vulneraría el contradictorio en el proceso penal, el cual debe darse respecto de lo que representa el objeto penal.

La congruencia no se fundamenta en la delimitación del objeto penal por las partes procesales, como sucede en los procesos dispositivos, ya que no depende de la voluntad de éstas; la congruencia se justifica por la necesidad de que el juez se mantenga en posición neutral ante las posturas contrapuestas de las partes. Cualquier decisión al margen de éstas, puede indicar ausencia de imparcialidad.

La propuesta que se efectúa en torno al art. 388 CPP pasa por reforzar los principios que se han mencionado, para lo que es criticable el margen de

²⁰ DE LA OLIVA, Andrés, «El proceso penal», en AAVV, *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Madrid, 2010, pp. 42-43.

decisión del tribunal respecto de las acusaciones. En relación con la determinación de hechos probados que exige el artículo, en efecto, sólo sobre aquellos que han constituido objeto de la acusación, puede recaer prueba, y por lo tanto, pueden ser considerados como probados a efectos de determinar la condena o absolución del acusado.

Pero mayores dificultades se han encontrado en relación con la apreciación de calificaciones jurídicas judiciales diferentes de las realizadas por las acusaciones. En este sentido, el margen de decisión judicial, como se verá, no interfiere con el principio acusatorio, y en consecuencia, su deber de congruencia se constriñe a las peticiones dentro de un ámbito fáctico concreto. Otro tanto sucede con la necesidad de quedar vinculado con la petición de pena concreta por parte del tribunal, cuyo margen de decisión arrastra las aportaciones fácticas de las partes.

Dentro del anterior marco, el presente capítulo tiene por objeto la revisión del artículo 388 del Código Procesal de Guatemala en función de los parámetros exigibles a partir del estándar del principio acusatorio que impera en los sistemas jurídico-penales procesales que se sostienen sobre la base de la configuración del Estado como social, democrático y de Derecho.

Antes de aplicar el estudio, hemos de partir de la literalidad de este precepto. Dispone el artículo 388 lo siguiente: «*Sentencia y acusación. La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezca al acusado.*»

En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público». En virtud de tal redacción, podemos, deducir que dicho artículo define el ámbito que ha de abarcar la congruencia de la sentencia con respecto a la acusación formulada en relación a tres de los contenidos acusatorios; en primer lugar, respecto a los hechos, en segundo lugar, respecto a la calificación jurídica de los hechos y, por último, respecto a la penalidad a aplicar.

Así, la sentencia no podrá apartarse del contenido de los hechos y circunstancias definidas por la acusación en su respectivo escrito y en el auto de apertura

del juicio que la recoge o, en su caso, en la posterior modificación o ampliación de la acusación. Se exceptúa que el relato en cuestión favorezca al acusado.

Dicha prescripción se encuentra en concordancia con el artículo 8 que regula las Garantías Judiciales de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y de las garantías adicionales que ha proveído la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante), al sentarse el denominado principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia. En su virtud, debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculgado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia²¹.

También supone que la sentencia puede versar únicamente sobre los hechos o circunstancias contemplados en la acusación²². En consecuencia, constituye un corolario indispensable del derecho de defensa y una garantía fundamental del debido proceso en materia penal; por ello los Estados deben observarlos en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención²³.

En cuanto al alcance de la descripción en la sentencia, la Corte IDH señala que ha de contener los datos fácticos recogidos en la acusación que supongan una referencia indispensable para el ejercicio del derecho de defensa del imputado.

El segundo aspecto se refiere a la calificación jurídica de los hechos, estos sí podrán ser alterados, no solo por el órgano acusador sino también por el juzgador. En este sentido, constituye un requisito que se mantengan sin variación los hechos calificados y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación²⁴.

²¹ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. § 47.

²² Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. § 67.

²³ Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. § 68.

²⁴ Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180. § 85.

Y el tercer aspecto de repercusión de la sentencia se refiere a la penalidad impuesta. Se trata de un asunto para lo que se habilita al juez a alterar la condena respecto a la petición de la acusación, ya que puede ser asignada una pena no solo menor, sino incluso mayor a la determinada por la respectiva acusación. Dichas regulaciones precisan de la una exploración más detenida, lo que requiere el estudio de los siguientes apartados.

2. El principio acusatorio, derecho al juez imparcial y el principio de contradicción en los ordenamientos penales avanzados

A) La asunción y determinación de los hechos delictivos en la sentencia: consecuencias del principio acusatorio y juez imparcial

El principio acusatorio tal y como lo concibe el Derecho europeo, conlleva varias vertientes. En primer término y por lo que a este apartado se refiere, engloba el denominado derecho a un juez imparcial. Efectivamente, tal y como prescribe el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos *«toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...»*.

Este derecho ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²⁵. En España, si bien no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución española de 1978, sin embargo ha sido plenamente asumido por la jurisprudencia como integrante del derecho al proceso con todas las garantías previsto en el artículo 24.2 de la Constitución española.

La idea inspiradora del proceso penal implica que el juzgador no puede intervenir de oficio o a propia iniciativa tanto en el ejercicio de la propia acción penal como en la concreción del particular objeto de proceso en lo que se refiere a los hechos y en relación a las personas sobre las que se acciona criminalmente. Tampoco estaría habilitado para introducir hechos o pruebas nuevas.

Por ello, la imparcialidad del juez se materializa en que la condena solo podrá existir si un agente diferente al propio juzgador ejercita la acusación. Además,

²⁵ Sentencia del TEDH. Caso De Cubber de 26 de octubre de 1984, Caso Hauschildt de 24 de mayo de 1989, Caso Sainte-Marie de 16 de diciembre de 1992, entre otras sentencias.

no se podrá condenar por hechos diferentes a los que mantienen la acusación ni a persona diferente. Tampoco cuenta con potestad para introducir hechos en el proceso pues son las partes a quienes les corresponde esta función. Otra dimensión de este derecho es que en un mismo órgano judicial no puede recaer la fase preliminar, de instrucción o investigativa y la de enjuiciamiento.

A fin de mostrar su debido encuadre, recapitulamos cuales constituyen las auténticas manifestaciones del principio acusatorio, que sintéticamente son las siguientes. En primer lugar, la acusación ha de estar formulada por quien no sea órgano sentenciador; en segunda lugar, se determina la prohibición de condena por hechos distintos a los que han sido objeto de acusación o respecto a persona diferente de la acusada; en tercer término, el Juez o Tribunal que enjuicia no puede aportar hechos al proceso; y por último, un mismo órgano judicial no puede realizar las labores de investigación en una fase preliminar, de instrucción o investigativa y después las de enjuiciamiento. Dichos postulados conllevan, a su vez, una serie de concretas implicaciones, como lo son las que se exponen a continuación:

En primer lugar, la acusación ha de haberse formulado por quien no sea órgano sentenciador. Pero, además, dicha acusación, diferente a la figura del juez decisor, deberá ser: a) Explícita. Se exige que quede sin duda patente de modo que el imputado pueda posicionarse frente a ella para, en su caso, contestarla, aceptarla, rechazarla o desvirtuarla a través de cualquier medio admitido; y b) Mantenido por agente externo al órgano de fallo.

En segundo lugar, la prohibición de condena por hechos distintos a los que han sido objeto de acusación o respecto a persona diferente de la acusada. Dado que el delito o falta se identifica con un aspecto objetivo, centrado en el relato en sí del hecho, como en su aspecto subjetivo, a través de la identidad de una o varias personas responsables, el juzgador no tiene potestad para alterar cualquiera de estos elementos.

En tercer lugar, El Juez o Tribunal que enjuicia no puede aportar hechos al proceso. La posibilidad de acordar cualquier diligencia de prueba durante el proceso se admite mientras se limite a los hechos discutidos en el proceso y no implique la enmienda o modificación de los elementos fácticos alegados en los escritos de calificación. Otro requerimiento lo constituye el que consten en los autos o expediente del proceso las fuentes de prueba sobre las que se practicará

la prueba acordada. Además, deberá admitirse a las partes la posibilidad de instar la práctica de prueba que pueda contradecir los resultados de la prueba realizada a instancia del Juez; ello por imperativo del derecho de defensa y el principio de defensa.

Y en cuarto lugar, no unificar en un mismo órgano jurisdiccional la fase preparatoria, de instrucción o investigativa y la fase de debate y fallo. Representa un exponente fundamental en el derecho a juez imparcial, que previamente a juzgar no se haya involucrado en el seguimiento del delincuente.

En síntesis y respecto al precepto estudiado, entendemos que el artículo 388, párrafo primero del Código Procesal de Guatemala, se muestra acorde con los parámetros que ordenan el principio acusatorio en la Corte Internacional de Derechos Humanos y con la doctrina mayoritaria.

B) La calificación jurídica de los hechos deducida por el juzgador: efectos del derecho de defensa y el principio de contradicción

Dado que la calificación jurídica de los hechos no sirve para determinar el objeto del proceso, se mantiene que una alteración de la misma no afectaría al principio acusatorio. El derecho a un juez imparcial tampoco se vería perturbado, ya que el principio *iura novit curia* avala la facultad de introducir una calificación diferente por aplicación de lo que el juez considere mejor derecho.

Sin embargo, la eficiencia del principio de contradicción conlleva ciertos reparos a la plena libertad a la hora de establecer una calificación jurídica diferente a la mantenida por la acusación. Por eso, se mantiene que concurrirá esa infracción a este principio si la sentencia realiza una calificación jurídica que contiene un elemento esencial que, de hecho, no fue ni pudo ser plenamente debatido durante el proceso. Y, al contrario, como sienta el Tribunal Constitucional de España *“la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio”*²⁶.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1997, de 15 de diciembre; Fundamento Jurídico Tercero, párrafo 3º.

Por ello, no existe lesión del principio de contradicción –y por ende, al derecho de defensa– cuando entre la acusación y la sentencia exista lo que se denomina identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica. La identidad fáctica supone que no podrá condenarse a un autor diferente al acusado ni por un relato de hechos divergente.

Respecto a la homogeneidad en la calificación jurídica, son delitos o faltas homogéneos los que constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estén contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, y, además, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse.

Ha de matizarse que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también las formas de comportamiento respecto de las que se protegen. También, debe anotarse que puede no bastar con que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena se encuentre genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa si se da el caso de que esta genericidad sea tal que no haga posible un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia²⁷.

Como consecuencia de ello, la admisibilidad de un cambio de calificación en sentencia respecto de lo que presenta la acusación, exige un serio examen de lo acontecido en el debate, de modo que no se innoven hechos o autores y no se incorpore algún elemento sobre el que las partes no hayan contado con la oportunidad de debatir efectivamente durante el enjuiciamiento.

En consecuencia y respecto al artículo 388, segundo párrafo, (primera parte), sería deseable mantener la posibilidad de cambio en la calificación jurídica distinta a la acusación, pero, al mismo tiempo, fijar un límite consistente en que no se calificará por un delito o falta que conlleve un elemento del delito o falta distinto de los efectivamente debatidos durante el enjuiciamiento. Dicha adición sería deseable a fin de procurar un auténtico ejercicio del derecho de defensa de las partes y, por tanto, de la implicación del principio acusatorio.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1997, de 15 de diciembre.

C) La penalidad asignada por el tribunal: efectos del principio acusatorio, derecho de defensa y principio de seguridad jurídica

Si bien de forma tradicional se entendía que la concreta pena solicitada por la acusación no determinaba el objeto del proceso y no tenía incidencia alguna en el principio acusatorio, sin embargo, hoy en día, los regímenes jurídicos más avanzados mantienen con rotundidad que el tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa.

De esta forma, mientras era el principio de legalidad el que amparaba el ámbito al que estaba sujeto el juez en cuanto a la cuantificación de la pena, con independencia de la posición al respecto de la acusación, dicho sustento se ha superado, al cobrar pleno vigor la idea estructural del proceso acusatorio.

La vinculación del juzgador a la pena mayor solicitada por la acusación en el proceso concreto conlleva una efectiva delimitación de las facultades de este y dimana del núcleo del principio acusatorio, en particular, de la estructura que este principio imprime sobre el proceso penal.

Ya hemos destacado que el sistema acusatorio conlleva la incompatibilidad entre las funciones de acusar y juzgar; pues bien, de igual manera que el tribunal decisor no puede condenar por hechos delictivos diferentes a los planteados por la acusación y debatidos en el seno del enjuiciamiento, tampoco puede imponer una pena que no haya sido solicitada por la acusación. El fundamento se encuentra, como hemos señalado, en la esencia del principio acusatorio y también en cierta afectación del principio de congruencia.

Téngase en cuenta que ha de corresponder a la acusación la carga de pedir pena en concreto. Además, ante tal prevención, está en juego el derecho de defensa y el principio de seguridad jurídica, pues la parte se genera una serie de legítimas expectativas en torno a la máxima penalidad que le puede corresponder como resultado del debate. Ello radica en el posicionamiento que al respecto de la pena plantea el Ministerio Público y, en su caso, el querellante o la acusación particular, en sus respectivos escritos de acusación. De ellos deriva una determinada actitud y comportamiento procesal de la defensa del imputado. Ante dichas circunstancias procesales, la sorpresiva imposición de una pena de mayor

rango o longitud, dejaría en una situación lesiva a la defensa del imputado, quien tras el conocimiento de la sentencia, ya no puede articular táctica o técnica alegatoria pero, sobre todo y principalmente, probatoria alguna tendente a reforzar una postulable minoración de la pena.

En España ha sido asumido este criterio a partir de 2006 en el que un Acuerdo del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para Unificación de Criterios estimó que el tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa²⁸. Este criterio fue asumido por la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo²⁹ y ha sido respaldada por las sentencias del Tribunal Constitucional español. El citado Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo español significó la plasmación de una evolución de más de veinte años atrás que se inició a partir de la promulgación de la Constitución de 1978.

Como advierte DOLZ LAGO³⁰, hasta dicho hito, el Tribunal había interpretado que el juzgador no se encontraba comprometido por la pena solicitada por la Acusación sino que por la pena en abstracto legalmente prevista para el tipo delictivo; esto facultaba al juez a imponer penas incluso más graves que las sostenidas por las acusaciones. Desvinculaban, entonces, el influjo del principio acusatorio a la imposición de la pena, basándose en que se trataba de una función del juez ajena al acusatorio, quien solo venía vinculado por el principio de legalidad.

Voces oficiales como la de la institución del Ministerio Fiscal se habían manifestado en contra de dicha desvinculación del juez a la petición de las acusaciones. Así, es relevante la Circular 1/1989³¹ que afirmaba lo siguiente: «el principio acusatorio, consagrado en el art. 794.3 impide que en la sentencia,

²⁸ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo para Unificación de Criterios, 20 de diciembre de 2006.

²⁹ STSs (Sala Penal) 159/2007 de 21 de febrero, 424/2007 de 18 de mayo y 20/2007 de 22 de enero, entre otras.

³⁰ DOLZ LAGO, Jesús, «Principio acusatorio y pena. Nueva jurisprudencia ¿Hacia un reforzamiento del poder de acusar y del Ministerio Fiscal?», *Diario La Ley*, Año XXVIII, Número 6771, 4 de septiembre de 2007.

³¹ Circular de la Fiscalía General del Estado (de España) núm. 1/1989, de 8 de marzo de 1989.

cualquiera que sea el órgano que la dicte, se imponga pena cuya cuantía exceda de la más grave de las pedidas por las acusaciones».

Una vez hecho público el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de España, posteriormente, se reformaron las razones que apoyaban la limitación en la imposición de penas por parte del juzgador. De esto modo, es de resaltar la Sentencia del TS de 12 de enero de 2007³². En ella se parte de que la estructura propia de un sistema acusatorio implica la separación de las funciones de acusar y de juzgar. Se pone en evidencia que si el tribunal pudiera imponer de forma plenamente libre la pena que corresponda al tipo penal que fue objeto de acusación sin considerar las peticiones de las acusaciones, entonces dicho tribunal se convertiría en acusación. Ello supondría un notable quebranto de los principios inherentes al derecho procesal moderno.

Pero, además, el derecho de defensa o de audiencia también justifica la necesidad de esta cortapisa a la libre imposición de pena por el tribunal. Como asegura MUÑOZ CUESTA³³ "si el Tribunal sentenciador supera las penas solicitadas por la acusación, razonándolo en la resolución que dicta, esa argumentación aducida no ha sido discutida por las partes y por tanto no han tenido oportunidad de refutarla, lo que da al traste con la estrategia de defensa que se tenía planteada en función de la pena que el Fiscal o las acusaciones solicitaban".

A esto se suma que también entra en juego el derecho del imputado de ser informado de la acusación, esta información debe comprender también la linde de la penalidad, pues, de otro modo, resulta insuficiente dicha información sobre la que no ha podido alegar o defenderse durante el juicio. También la imparcialidad del juzgador quedaría comprometida si cuenta con la facultad de introducir mayor gravedad a la pena de la solicitada por las acusaciones.

Con todo, queda en el aire una interrogante ante una situación que pone en cuestión el *Ius Puniendi* del Estado: ¿Cómo ha de intervenir el tribunal en el caso de la acusación omisa o yerre en la petición de penalidad? ¿Debe quedar impune

³² Sentencia del Tribunal Supremo (España) de 12 de enero de 2007.

³³ MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, «El principio acusatorio en casación: prohibición de imponer una pena superior a la solicitada por la acusación», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.2/2014, 2014, parte Comentario, pág. 2.

el delincuente? Sobre este particular, otro Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo español de noviembre de 2007³⁴ aclaró que «cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena». Supone una cierta restricción de la plena eficacia del principio acusatorio ideada en este caso a fin de favorecer la justicia material, que se evite que el mero error en el funcionamiento de una de las partes, a quien le corresponda la acusación, se traduzca en la imposibilidad de ejercer el *Ius Puniendi* o derecho a imponer una pena por parte del Estado a aquel a quien, jurídica y legalmente, le corresponde.

Y para concluir la exposición de la evolución argumentativa española, destacamos el aval constitucional que vino de la mano de la Sentencia de 2009³⁵. Estudiaba aquel recurso de amparo resuelto la situación consistente en que el Ministerio Fiscal, que constituida la única posición jurídica acusadora, había interesado la pena de cuarenta y cinco días de multa, con cuota diaria de seis Euros, por una falta de hurto. El Juzgado de Instrucción que conoció la causa en primera instancia condenó al acusado a doce días de localización permanente e, incluso, el tribunal que resolvió el recurso de apelación redujo la pena a ocho días pero mantuvo que se trataba de localización permanente, no de multa como se pedía por la acusación.

Ante dicha situación, el Tribunal Constitucional español sostiene que se ha impuesto un gravamen en la pena que no ha de tolerarse. Este gravamen se deduce por el hecho de que la mutación implica un empeoramiento del derecho a la libertad del demandante de amparo, al haber canjeado por los jueces la multa planteada en el plenario por la localización permanente.

³⁴ Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (español) de 27 de noviembre de 2007.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (español) de 25 de junio, nº 155/2009, Caso Sánchez Sánchez.

III. IMPLICACIONES DE LA AUSENCIA DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO Y DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. CONCLUSIONES

Se ha revisado el artículo objeto del estudio, artículo 388 del CPP de Guatemala y la regulación de las garantías procesales recogidas en el Capítulo I del Título I del Libro Primero del Código Procesal Penal, así como los derechos del imputado. En su virtud, se detecta que la falta de reconocimiento expreso del principio acusatorio, de una configuración profunda del derecho a un debido proceso y del derecho de defensa, así como la falta de mención al principio de contradicción y al principio de seguridad jurídica y la congruencia despliega efectos indeseados en el artículo 388 CPP y ello en base a la siguiente pormenor.

Es cierto que se aprecia correspondencia con el principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos al sancionar o prohibir la condena por hechos distintos y al permitir la imposición de una penalidad diferente a la pedida por la acusación. Sin embargo, no encontramos dicha equivalencia con la interpretación en cuanto a la posibilidad de diferente calificación, pues la Corte IDH, en el Caso Yvon Neptune Vs. Haití³⁶, hace alusión al requerimiento de que, además de mantener inalterados los hechos calificados, se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. Ninguna mención efectúa el precepto sobre la protección de dichas garantías ni cita ningún mecanismo conducente a su debida salvaguarda.

Si la comparativa se realiza a un nivel supra regional y nos trasladamos a los principios y garantías reconocidos por la Unión Europea o España como referente, la aplicación de la normativa y la jurisprudencia apuntan a lo siguiente:

El principio de contradicción y paridad que hemos abordado anteriormente, presupone la posibilidad del ejercicio equitativo de derechos y garantías procesales por las partes en el proceso. En este sentido, una legislación que permita la condena al imputado en base a una calificación jurídica diferente a la fijada

³⁶ Corte IDH en el Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180. § 85.

definitivamente por la acusación durante el debate, debe asumirse pero con ciertas limitaciones. Debe acogerse en virtud de la virtualidad del principio *lura Novit Curia* que permite al juzgador aplicar el mejor Derecho. También ha de aceptarse dado que la calificación jurídica no incide en el objeto del proceso que se fija.

No obstante, como señalamos, el respeto al debido proceso y la eficacia procesal del principio de contradicción y paridad incide aquí de forma que un cambio de valoración jurídica manifestado directamente en la sentencia no suponga una lesión en la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa del imputado. De esta forma, si dicha modificación introduce un elemento de valoración del delito que no ha sido previamente sometido a discusión de las partes, dicha alteración no debería resultar admitida.

Por eso, tal y como actualmente reza el texto del artículo 388: «...el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio...», este texto debería comprender la condición de que, caso de incorporar una modificación de la calificación, esta no deberá suponer la concurrencia de cualquier elemento del delito o falta que previamente no haya podido debatirse por las partes durante el enjuiciamiento.

Por último, el tercer aspecto objeto de valoración, la posibilidad de incrementar la gravedad de las penas respecto a las instadas por la acusación ha de ser matizada. Asimismo, caso de permitirse la posibilidad del ejercicio de la acción penal por un particular, ha de convalidarse la eficacia de su solicitud de pena con idéntica fuerza vinculante al tribunal que la del Ministerio Público. Efectivamente, el texto del artículo 388 dispone: «...el tribunal podrá...imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público».

El principio acusatorio, como hemos señalado, supone la imposibilidad del aunar las funciones de acusación y enjuiciamiento. Si el juez impone en sentencia una pena de mayor gravedad que la pena máxima pedida por cualquiera de las acusaciones, se está extralimitando en su función y asumiendo una tarea que no le corresponde. Además, se ocasiona un menoscabo al derecho de defensa del imputado y se impacta el principio de seguridad jurídica.

Téngase en cuenta que la articulación y dirección de la defensa del acusado se habrá articulado a partir de un conjunto de legítimas expectativas generadas según el contenido de la acusación, bien sea del Ministerio Público o bien sea de otra Acusación personada en la causa. La intervención pasiva y activa de la defensa, tanto en su faceta alegatoria como en la probatoria, se erige en torno a dicha acusación y, por supuesto, ante la posibilidad de la penalidad máxima que el proceso le puede deparar caso de resultar condenado el acusado.

En este sentido, la convalidación de la opción del juzgador de sorprender ya en el instante de la sentencia con una penalidad más gravosa avoca a la defensa a la imposibilidad de incorporar tácticas que hubieran sido, en su caso, idóneas para la defensa ante semejante gravedad punitiva.

En consecuencia, además de avalar idéntica fuerza vinculante a la del Ministerio Público la figura de petición de pena de la acusación de un particular, ha de establecerse un sistema que restrinja la posibilidad de extensión o gravedad de la pena impuesta más allá de la mayor pena solicitada por cualquiera de las acusaciones.

Por todo ello, finalizamos el presente trabajo referido al estudio del artículo 388 del Código Procesal Penal de Guatemala, mediante la síntesis de las siguientes conclusiones:

Primera. Sería recomendable una reforma legislativa que incorpore con reconocimiento expreso, el principio acusatorio en toda su extensión, con descarte de toda reminiscencia inquisitiva.

Segunda. Es preciso que se regule con más detalle el derecho a un juez imparcial y su alcance respecto a la conducta incorporada de este en el debate, en el enjuiciamiento y en la sentencia.

Tercera. Respecto a las concretas medidas reguladas por el artículo 388 CPP, si bien el precepto otorga una efectiva vinculación del contenido de la sentencia respecto a la acusación en cuanto al relato de los hechos, sin embargo, la protección de la declaración de la calificación jurídica y de la penalidad debería adecuarse a los estándares avanzados de Derecho.

Cuarta. La posibilidad de ofrecer una diferente calificación jurídica a los hechos debería mantenerse pero bajo la condición de que no se incorpore algún elemento sobre el que las partes no hayan contado con la oportunidad de debatir efectivamente durante el enjuiciamiento.

Quinta. Debe conservarse la posibilidad de variación en cuanto a la penalidad solicitada por la acusación pero ha de guardar el límite máximo identificada con la mayor pena solicitada por las acusaciones que concurran. Este límite ha de operar tanto en cuanto a tipo o naturaleza de la pena como en su alcance temporal.

Sexta. No obstante, y en pos de la justicia material, ha de preverse que si la única acusación que pueda vincular al tribunal en cuanto a la pena resulta omitida o errónea la pena solicitada, el tribunal podrá imponer la pena mínima que legalmente corresponda al tipo penal previamente calificado.

Séptima. En cuanto a la determinación de la máxima penalidad prevista, ha de equipararse el valor vinculante de la acción penal ejercida por el Ministerio Público con las posibles acusaciones particulares que concurran, ello a través de la introducción de la modificación correspondiente.

Bibliografía

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, «Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México, Cuestiones Constitucionales», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 33, julio-diciembre 2015.

DE LA OLIVA, Andrés, «El proceso penal», en AAVV, *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Madrid, 2010.

DOLZ LAGO, Jesús, «Principio acusatorio y pena. Nueva jurisprudencia ¿Hacia un reforzamiento del poder de acusar y del Ministerio Fiscal?», *Diario La Ley*, Año XXVIII, Número 6771, 4 de septiembre de 2007.

JEANGHEY, C, «CEDH. Art. 6. Derecho a un proceso equitativo», en Salvioli, F. y Zanghì, C. *Jurisprudencia regional comparadas de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

MONTERO AROCA, Juan, «El principio acusatorio entendido como eslogan político», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol.1, n. 1, 2015. Se puede consultar en <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

MONTERO AROCA, Juan, FLORS MATÍES, José; LÓPEZ EBRI, Gonzalo, *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*. 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional I Parte General*, 14ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, 8ª Edición, Valencia, 2015.

MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, «El principio acusatorio en casación: prohibición de imponer una pena superior a la solicitada por la acusación», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.2/2014, 2014.

PÉREZ VAQUERO, Carlos, «El principio acusatorio según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Cambio social*, 01-02-2016.

RAMIREZ GARCÍA, Luis Rodolfo y ÁNGEL URBINA, Miguel, «Guatemala. Bases político-jurídicas del procedimiento penal: principios procesales penales y debido proceso constitucional (incluye convenciones regionales y universales)», en Maier, Julio, Ambos, Kai y Woischnik, Jan (Coords.), *Las reformas procesales penales en América latina*, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

DE LOS JUICIOS TELEMÁTICOS Y OTRAS MEDIDAS PROCESALES A PROPÓSITO DE “SER DILIGENTES PARA MEJOR PROVEER EL COLAPSO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”

Jackeline Flores Martín
Profesora de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PRESUPUESTOS NORMATIVOS PROCESALES. III. EL FENÓMENO DE LOS JUICIOS TELEMÁTICOS: AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y OPTIMIZACIÓN DE LOS TIEMPOS. 1. La denominación: la presencia telemática o por videoconferencia. 2. Acerca de los medios técnicos. 3. Los derechos de los justiciables y las garantías procesales. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el Profesor Martín Ostos definía las diligencias para mejor proveer en el proceso, tema que no se va a tratar en esta exposición, utilizaba una definición que viene a colación de las cuestiones que sí se van a considerar en los próximos apartados. Nos fijaba el fundamento de dichas medidas, dentro del marco del servicio a una mejor administración de la justicia y su significado a una estimable colaboración en el funcionamiento del mecanismo procesal¹.

El diccionario de la Real Academia Española refiere al término ‘proveer’ como el “dictado de una resolución por parte de un juez o tribunal”. Junto a esta acepción, hallamos otros significados que nos llevan al origen de las cuestiones que a continuación se expondrán. Así, se hace referencia al hecho de suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin. Aplicado a la Justicia, es un mandato considerar que la prevención en reunir y preparar lo necesario para su

¹ MARTÍN OSTOS, J. de los S., *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Madrid, Montecorvo, 1981 y “Las diligencias para mejor proveer en el nuevo proceso laboral”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 14, 1989, pp. 49-64.

administración es un pilar básico para que el engranaje procesal sea eficaz. De ahí, que con el espíritu de que la Justicia no se quede anclada en herramientas del Siglo XIX, habrá que concluir que todas aquellas medidas procesales extraordinarias, puntuales o que lleguen para quedarse, habrán de ser sopesadas desde criterios como la prudencia y la eficacia.

Siendo ello así, ante una paralización de la administración de Justicia, el ámbito del mundo judicial, incluyendo a todos sus operadores, debe avanzar hacia el escenario ineludible que se nos ofrece de la evolución y progreso de la comunicación telemática.

En estos días, y a raíz del estado de alarma social que vive el país desde el mes de marzo de este dramático año 2020, se ha hecho patente la necesidad de dar respuesta a la patente situación de colapso judicial con unos mecanismos procesales adecuados. El fenómeno de la pandemia, originada por la enfermedad COVID-19, ha acelerado, de una forma casi inimaginable, una transformación que implicaba cambios pensados para un largo plazo de años. La tecnología en el proceso parece haberse convertido en un mandato en ciertos casos. Se han propuestos y se debaten medidas que pretenden ser ágiles, rápidas y que cubran las carencias puestas de manifiesto por una impuesta "inactividad en la administración de justicia".

En este escenario, se hace indispensable hacer un breve apunte a las consecuencias que se ha visto abocada la Administración de Justicia en España, por efecto de la suspensión de plazos y actuaciones procesales.

II. PRESUPUESTOS NORMATIVOS PROCESALES

Las disposiciones normativas que ya venían contemplando la posibilidad de realizar actuaciones por medios telemáticos (las videoconferencias o sistemas similares), las encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto a la regulación de la oralidad y publicidad de las actuaciones judiciales, en la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre.

En el art. 229 de la LOPJ, se parte de la regulación de la oralidad como criterio predominante en las actuaciones. De esta forma, "las declaraciones,

interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley". Sin embargo, siempre que se permita "la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes", podrían realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar.

La condición añadida es el aseguramiento de la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa. Por su parte, se le encomienda al letrado de la Administración de Justicia la tarea de acreditar "la identidad de las personas que intervengan".

Desde el mes de enero de 2019, y por aplicación de la reforma dada al art. 230 de LOPJ por parte de la L.O. 4/2018, de 28 de diciembre, los órganos jurisdiccionales estaban ya obligados a "utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones".

Se habla ya de las grabaciones documentadas en soportes digitales e informáticos para documentar las actuaciones orales de los procedimientos. El garante de la seguridad de dichos sistemas informáticos sería un organismo llamado Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica.

Igualmente, en el ámbito de la jurisdicción penal, se recoge la posibilidad de que ciertas comparecencias se puedan realizar a través de dichos sistemas de videoconferencia o similares, siempre que se garantice la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Aquellas resoluciones judiciales que acuerden la práctica de un acto por medios telemáticos habrán de motivar las condiciones de "utilidad, seguridad o de orden público" (arts. 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es por ello por lo que debemos entender que las argumentaciones para su utilización deben de detallar las razones de su conveniencia, oportunidad, complejidad y los medios técnicos que se usarán a tales efectos.

Pues bien, aparte de la existencia de tal regulación, otra cuestión sería preguntarse si se han implementado los medios que hayan permitido el desarrollado técnico de esos llamados "juicios o vistas telemáticos".

III. EL FENÓMENO DE LOS JUICIOS TELEMÁTICOS: AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y OPTIMIZACIÓN DE LOS TIEMPOS

“Actuaciones judiciales de forma telemática” pudieran ser los términos que más suenan hoy por hoy en los foros del ámbito jurídico. La normativa de partida se concreta en el Real Decreto-ley 16/2020 de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Al tiempo de la redacción de estas líneas se han dictado varias guías por parte del Consejo General del Poder Judicial que vienen a completar la regulación que intentan orientar la implantación de dichas medidas.

La disposición sobre la celebración de juicios mediante medios telemáticos se contiene en el artículo 19 del mencionado Real Decreto-ley. Paso a analizar lo contenido bajo su título como “Celebración de actos procesales mediante presencia telemática” en los apartados siguientes.

1. La denominación: la presencia telemática o por videoconferencia

“Durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, comparencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello”.

Para empezar con un comentario en cuanto a la terminología utilizada, algunos expertos en la materia² aprecian que la norma no habla de “videoconferencia” si no de presencia telemática. Pero se debe entender que el sistema al que se

² Así, para ADSUARA VARELA, Borja, abogado experto en estrategia y comunicación digital, utilizar en la misma expresión esos dos términos es una contradicción. Habrá que diferenciar lo que se denomina como el canal presencial del canal a distancia. A su parecer, se ha venido a utilizar un concepto publicitado por empresas privadas en la materia, como son las “salas de telepresencia”. A estas últimas la define como un acto de comunicación, que puede ser audiovisual, solo por audio o por correo electrónico. Así lo puso de manifiesto en el ciclo de formación online “La Justicia en la nueva era” organizado por la Asociación Judicial Francisco de Vitoria, en el debate titulado “La tecnología como oportunidad y como amenaza en la Justicia” celebrado el 28 de mayo de 2020.

haga referencia, debe estar envuelto de todas las garantías para que se realice en las sedes judiciales, pudiendo ser certificado por el funcionario correspondiente (Letrado de la Administración de Justicia).

2. Acerca de los medios técnicos

El inciso final de ese primer punto del artículo 19 analizado, en su redacción traducida como “allá donde haya medios”, nos lleva necesariamente a la realidad social de la dotación de los juzgados y a su disponibilidad presupuestaria. Por extensión, se hace aplicable lo dispuesto a los actos que se practiquen en las sedes y ante el personal de las Fiscalías. Siendo conscientes de que no todos los órganos jurisdiccionales tienen los medios y recursos técnicos precisos³, llegaríamos al primer recorte importante que impida la viabilidad de esta medida.

Por otra parte, se está presuponiendo que por parte del resto de operadores jurídicos, que son necesarios para la celebración de un juicio, se tienen dichos medios. Se da por hecho que abogados y procuradores, como agentes que no dependen de las dotaciones de la administración pública, tienen *per se* la obligación de dicha inversión en instrumentos digitales para ser operativos. Se da por asumida la imposición de la carga tecnológica a estos profesionales. La siguiente pregunta será quién asume la logística de los particulares que deban intervenir igualmente en dichas vistas.

Desde el punto de vista sanitario de la crisis de la pandemia, es lógico y razonable que el desiderátum de la norma persiga este sistema de protección de realización de ciertas actuaciones urgentes por “videoconferencias”, en aras a que la justicia no siga paralizada y centrar el tiempo disponible de los medios personales. No obstante, todo ese bueno e intencionado objetivo, nos llevaría a

³ En opinión de IRÁIZOZ RECLUSA, Álvaro (Abogado y Vocal de la Asociación Española de Abogados de Familia, AEAFA), en su post titulado “Juicios en tiempos de coronavirus”: “la realidad es que nuestros Juzgados y Tribunales carecen de los adecuados medios tecnológicos para que estos actos procesales –vistas, comparecencias, audiencias o declaraciones–, se realicen de forma telemática o videoconferencia puesto que, por el contrario, lo que nos encontramos es un escenario de gran precariedad dentro de la Administración de Justicia debido a la falta de inversión en Justicia durante muchos años. Tampoco nuestros despachos profesionales están adaptados tecnológicamente, para que nos vamos a engañar, ni la mayoría cuentan con medios para realizar grandes inversiones en esta materia y menos aún en este momento crítico”. En <https://www.aeafa.es/noticias-ampliadas/2086/1/juicios-en-tiempos-de-coronavirus/>

plantearnos hasta qué punto se debe adaptar el proceso para administrar justicia a los medios disponibles⁴.

Todos estos factores que evidenciarían la falta de medios materiales tecnológicos, su carga y requisitos, nos conducen a otras cuestiones primordiales en el ámbito del derecho procesal cuales son su funcionamiento y seguridad. Aquí se pueden mencionar todo tipo de problemas técnicos que se puedan presentar en el desarrollo de las vistas y actuaciones procesales, grabación, registro y verificación de las vías telemáticas.

Respecto de las garantías de seguridad, se tendrían que establecer mecanismos de verificación de identidad de los deponentes y la gestión de la publicidad de la grabación de las vistas. Entraríamos aquí en el entramado de la logística del mundo de la digitalización y tecnologización, que ofrezca una infraestructura de seguridad suficiente para evitar la pérdida de derechos fundamentales.

“La evolución de la pandemia marcada por Covid-19 y el confinamiento asociado de los ciudadanos, el distanciamiento social y la cuarentena ha traído consigo el uso generalizado de videoconferencias y aplicaciones de chat como Zoom, WebEx, Houseparty, Google Meet o Microsoft Teams. Los ciberatacantes están aprovechando las oportunidades asociadas con el miedo en torno a la pandemia, el teletrabajo ampliamente implantado, las dificultades para parchear puntos finales conectados remotamente y el incremento de la superficie de exposición derivada de permitir operativas más fluidas.

En este contexto, las sesiones y aplicaciones de videoconferencia deficientemente protegidas son un magnífico vector de ataque”⁵.

⁴ Vid. ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco, Notario 3.0 y experto en el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico. Para el mismo, la tecnología debe ser desarrollada en la Justicia haciendo lo que los juristas determinen, no acomodando a los juristas y a los principios procesales a lo que los técnicos decidan. Sus publicaciones y estudios de los casos prácticos sobre el tema de la presencia del Notariado en Redes Sociales e internet, así como el uso de las Nuevas Tecnologías por los Notarios y, en general, aplicables al ámbito jurídico, los encontramos en <https://www.notariofranciscorosales.com/>

⁵ Este es el escenario del que parten las recomendaciones para buenas prácticas en el uso de Zoom y sus implicaciones para la seguridad y privacidad. Vid. en <https://www.ccn.cni.es/index>.

En orden a la celebración de juicios y en general cualquier actuación por vía telemática, se precisan de unos sistemas informáticos fiables y seguros constituidos en la sede judicial. Al mismo tiempo se requiere un mantenimiento de los mismos a través de una asistencia técnica constante y eficaz. Ello nos conduce a una necesaria inversión en planes de control, inspección y verificación. Las recomendaciones pasan por garantizar una adecuada conexión de los intervinientes por cauces seguros. A todo ello habría que añadir el acceso por parte de los usuarios a planes de formación para la resolución de las incidencias⁶.

3. Los derechos de los justiciables y las garantías procesales

La primera excepción que hace la medida analizada se refiere al ámbito del orden jurisdiccional penal, por la que se hace necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave. Es una referencia al derecho de defensa, que tampoco podemos olvidar en el resto de órdenes jurisdiccionales. Entre los actos procesales en los que participan los ciudadanos, encontramos tanto los referidos a los juicios y a las comparencias, como, con carácter general, a otros tipos de declaraciones y vistas que les afectan tanto en calidad de parte implicada como en su condición de testigos o peritos.

Los principales aspectos que se discuten en relación con los juicios telemáticos, son los referidos a la pérdida de las garantías del proceso. En este sentido se

php/es/docman/documentos-publicos/abstract/215-abstract-el-uso-de-zoom-y-sus-implicaciones-para-la-seguridad-y-privacidad-recomendaciones-y-buenas-practicas/file

En el mismo sentido, encontramos la Guía de Seguridad de las TIC (CCN-STIC 885D) y Guía de configuración para Microsoft Teams. *Vid.* en <https://www.ccn-cert.cni.es/pdf/guias/series-ccn-stic/guias-de-acceso-publico-ccn-stic/4519-ccn-stic-885d-guia-de-configuracion-segura-para-microsoft-teams/file.html>

⁶ Este es el sentido de la propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Mediante Acuerdo de 29 de abril de 2020, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial solicitó de las distintas Salas de Gobierno de los Tribunales la elaboración de un Plan de reactivación de la actividad judicial en sus respectivos ámbitos territoriales, con la finalidad de afrontar la nueva fase que sucede a la paralización ocasionada por las medidas que hubo que adoptar para tratar de contener la pandemia extendida por el virus COVID-19. Tras la solicitud del CGPJ, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid trata de ofrecer las pautas generales para lograr el objetivo de la progresiva reactivación del normal funcionamiento de los Juzgados y Tribunales.

han alzado voces de Jueces⁷ y Juezas⁸ que han querido resaltar la inconveniencia de celebrar determinadas actuaciones de forma telemática sin que ello conlleve el menoscabo de los derechos de los ciudadanos.

El principio procesal de intermediación nos lleva a los términos de la cercanía y la comunicación, que se ven mitigados o incluso desaparecen a través de las pantallas. Al desaparecer la cercanía física (miradas, empatía, espontaneidad visual en las declaraciones de testigos o peritos), puede parecer que se deshumaniza el procedimiento. Los detractores de las vistas telemáticas hacen hincapié en que se desvanece el impacto impresionista de las miradas combinadas con las palabras y gestos⁹.

Por su parte, se plantea un debate de fondo sobre el derecho a la audiencia pública de los procesos judiciales, reconocido en el artículo 120 de la Constitución Española. Si entendemos este derecho como el que todo ciudadano pueda asistir a una vista de un proceso judicial desde Internet o pueda acceder a su retransmisión publicada o colgada en una plataforma (Sede Judicial Electrónica,

⁷ GÓMEZ ESTEBAN, Jesús, Magistrado del Juzgado de lo Social 20 de Barcelona, valora la limitada regulación normativa y realiza una propuesta inicial sobre el modo en el que los distintos medios probatorios en el orden social se verán afectados ante la llegada de los juicios telemáticos. *Vid.* “Juicios telemáticos en el orden jurisdiccional social ¿utopía transformada en realidad apresurada?”, *Diario La Ley*, Nº 9662, Sección Tribuna, 26 de Junio de 2020, Wolters Kluwer, La Ley 8050/2020.

⁸ Así lo refleja el artículo titulado “Juicios telemáticos, sin garantías procesales no hay juicio” publicado por VELILLA ANTOLÍN, Natalia, Magistrada de la Sección 24ª bis AP de Madrid (Familia) y Magistrada Juez de Adscripción territorial Refuerzo de los Juzgados de lo Social de Madrid. Para la autora, nos hallamos ante una “Administración de Justicia que va en carruaje de caballos y a la que se le pretende poner llantas de aleación”. En su participación en el ciclo de formación online “La Justicia en la nueva era” organizado por la AJFV (*vid. supra*), menciona ejemplos como que: se citan a los justiciables de forma arcaica con certificados con acuso de recibo de correo cuyo papel firmado debe ser incorporado a los autos para que se tenga por notificado; palacios de justicia en los que no hay wifi; funcionarios sin ordenador personal para teletrabajar; *apud actas* presenciales que paralizan los procedimientos en los juzgados; ausencia de imposición de firma electrónica a los jueces; etc. En <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/18/juicios-telematicos-sin-garantias-procesales-no-hay-juicio/>

⁹ Véase en este sentido, CHAVES GARCÍA, José Ramón (Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y miembro numerario de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia) en su publicación titulada “La delicada deshumanización de las vistas orales telemáticas”, en <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-comunicacion-y-marketing-juridicos/la-delicada-deshumanizacion-de-las-vistas-orales-telematicas/>

canales de los órganos jurisdiccionales, Youtube, Streaming)¹⁰, se podría considerar cumplido. Si entendemos este principio procesal con otros matices más profundos, la respuesta podría variar.

IV. CONCLUSIONES

1. La Ley Orgánica del Poder Judicial ofrece una regulación normativa general que posibilita la realización de las actuaciones procesales por medios telemáticos. Dicha normativa debe ser implementada a través de un adecuado desarrollo técnico.

2. La falta de inversión en recursos y medios materiales tecnológicos en las sedes judiciales y la inadecuación de herramientas digitales son factores que han ocasionado la paralización de la administración de justicia.

3. Es conveniente delimitar el ámbito de las actuaciones procesales en las que es factible la aplicación de los medios telemáticos en el desarrollo del procedimiento.

4. No es viable pasar de una Justicia del Siglo XIX a una del Siglo XXI sin considerar la seguridad jurídica como un pilar fundamental. La tecnología debe ser un instrumento trasladable a la Justicia, primando los derechos de los ciudadanos y sus garantías procesales.

¹⁰ En este sentido, la iniciativa piloto puesta en marcha en el mes de junio de 2020 en la Audiencia Nacional con la reanudación del juicio a la ex-cúpula de los Mossos d'Esquadras, accediendo a la retransmisión de las vistas públicas en el canal de la Audiencia Nacional.

LA ENTREGA DE LA PERSONA RECLAMADA EN CASO DE CONDENA A LA PENA DE MUERTE EN EL ACUERDO DE EXTRADICIÓN ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA¹

Leticia Fontestad Portalés
Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Málaga)

I. INTRODUCCIÓN

Este breve trabajo tendrá como objetivo exponer la problemática entrega de una persona condenada a pena de muerte en Estados Unidos de América (EEUU) en aplicación del Acuerdo de extradición entre Estados Unidos de América y la Unión Europea². Para ello resulta necesario comenzar analizando el régimen de aplicación del citado Acuerdo que, como veremos más adelante, necesitará de un posterior y específico convenio bilateral entre cada uno de los Estados miembro de la UE y EEUU.

La condena a pena de muerte no solo resulta una cuestión controvertida entre todos los países miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) sino también en EEUU, donde el Asunto *Furman v. Georgia* supone un antes y un después en la regulación de la pena de muerte en este país. Ello nos lleva a centrar nuestro interés en la regulación que, sobre la entrega de personas condenadas a pena de muerte, establece el Acuerdo sobre extradición entre la UE y EEUU.

Queremos advertir que no nos detenemos, dado que excede en mucho el objetivo de este trabajo, en el análisis de la extradición como instrumento de

¹ Esta contribución científica es resultado de la estancia de investigación en The John Marshall Law School subvencionada por el Plan Propio de Investigación de la Universidad de Málaga en 2018.

² Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de 25 de junio de 2003 (DOUE L 181, de 19 de julio de 2003).

cooperación judicial internacional que lleva al Estado requerido a la detención de una persona para su posible posterior entrega al Estado requirente. Este procedimiento penal, como de todos es sabido, tiene como finalidad la detención de la persona que ha cometido un delito para la puesta a disposición del Estado que solicitó su detención, bien para su enjuiciamiento, bien para el cumplimiento de la condena ya impuesta.

Como todos sabemos igualmente, la extradición puede ser activa –procedimiento que debe llevar a cabo el Estado requirente– y pasiva –procedimiento penal que debe llevar a cabo el Estado requerido para proceder a la detención y, en su caso, posterior entrega de la persona reclamada–.

En España, el procedimiento de extradición activa se encuentra incardinado entre los procedimientos penales que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal³, en adelante, LECrim. Por el contrario, el procedimiento de extradición pasiva se encuentra regulado en una Ley específica, la Ley de extradición de pasiva⁴. A través de este procedimiento de extradición pasiva se procederá a la extradición de la persona reclamada por otro Estado en cumplimiento de un Tratado o una ley según se establece en el artículo 13.3 de la Constitución Española⁵, en adelante CE.

En Estados Unidos, por su parte, además de distinguir entre extradición activa o pasiva en función de si la extradición de la persona reclamada se realiza desde EEUU o, por el contrario, a EEUU se distingue también entre Extradición nacional e internacional⁶. De este modo, el *Code of Laws of the United States of America*⁷ regula el procedimiento de extradición nacional mientras que, para las reclamaciones a otros países el proceso de extradición se remite a lo previsto en los tratados internacionales. Es la *United States Constitution* la que, en el Artículo IV, establece la conocida como Cláusula de extradición que prevé la detención de un delincuente

³ Vid. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (GACETA de 17 de septiembre de 1882). Artículos 824 a 833.

⁴ Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985).

⁵ BOE núm. 311, de 29 de Diciembre de 1978.

⁶ Una visión clásica de la extradición desde el punto de vista nacional e internacional la podemos encontrar en Spear, 1885.

⁷ Chapter 209 (artículos 3181 a 3196) del Título18, parte II del Código de Leyes, en adelante U.S.C.

en un estado, distrito o territorio de Estados Unidos para su posterior entrega al estado, distrito o territorio de Estados Unidos en el que cometió el delito⁸.

El procedimiento de extradición entre los propios estados dentro del territorio de los Estados Unidos de América⁹ tampoco será objeto de análisis en este trabajo dado que nuestro objetivo es la regulación de la entrega de la persona condenada a pena muerte que establece el Ordenamiento jurídico de este país en relación con el procedimiento de extradición internacional previsto en el Acuerdo sobre extradición entre la UE y EEUU¹⁰.

II. ACUERDO DE EXTRADICIÓN ENTRE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA

En primer lugar debemos advertir que el propio Acuerdo UE-EEUU remite a tratados bilaterales entre cada uno de los Estados miembros y EEUU. En este sentido, debemos hacer mención del anterior tratado bilateral sobre Extradición entre España y EEUU que estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Acuerdo de extradición entre la UE y EEUU¹¹, que trae como consecuencia, en aplicación de su artículo 3, 2a), un nuevo Tratado de extradición entre España y EEUU, en vigor entre ambos países desde el 1 de Febrero de 2010¹².

⁸ *“A person charged in any state with Treason, Felony, or other Crime, who shall flee from Justice, and be found in another State, shall on demand of the executive Authority of the State from which he fled, be delivered up, to be removed to the State having Jurisdiction of the Crime”.* Vid. Constitución de los Estados Unidos de América, Artículo IV, Sección 2, Cláusula 2.

⁹ Solo a modo de advertencia poner de relieve que existen diversas normativas acerca de la extradición interestatal o intraestatal y casi todos los Estados excepto Carolina del Sur y Missouri, se rigen por la Ley Uniforme de Extradición Criminal o *Uniform Criminal Extradition Act*.

¹⁰ Para un estudio más amplio y pormenorizado de este Acuerdo se puede consultar Fontestad Portalés, 2020.

¹¹ Instrumento de ratificación del Tratado de Extradición entre España y los Estados Unidos de América, firmado en Madrid el día 29 de mayo de 1970 (BOE núm. 220, de 14 de septiembre de 1971).

¹² Instrumento previsto en el artículo 3 (2) del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de Junio de 2003, para la aplicación del Tratado de Extradición entre España y EEUU de 29 de mayo de 1979 y Tratado Suplementario de Extradición de 25 de enero de 1975, 9 de febrero de 1988 y 12 de marzo de 1996, hecho ad referendum en Madrid el 17 de diciembre de 2004 (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2010 y *Treaties and other international Acts Series 10-201.21*).

Para comenzar, no podemos olvidar que el Acuerdo de Extradición entre la UE y EEUU presenta una serie de peculiaridades que merecen la pena resaltar en este momento. Debemos comenzar advirtiendo que nos encontramos ante un Acuerdo de carácter bilateral. Al ser un Acuerdo entre dos instituciones, la UE y EEUU, según lo establecido en el artículo 24 del Tratado de la Unión Europea¹³ y de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Acuerdo¹⁴, se configura como un convenio de carácter bilateral (Bassiouni, 2014: 32)¹⁵.

Asimismo, resulta relevante destacar también que dicho Acuerdo no se aplica de manera automática y directa, sino que se aplica en relación con los tratados bilaterales de extradición que cada Estado miembro de la UE tuviera firmado con Estados Unidos en el momento de la entrada en vigor de este Acuerdo¹⁶. Concretamente, en el caso de España, este nuevo Tratado entre ambas instituciones afecta, en lo que a nosotros nos interesa, al ya citado Tratado de Extradición entre España y Estados Unidos de 1970.

Por otro lado, el artículo 3.2a) del Acuerdo UE-EEUU determina que la UE debe garantizar que cada Estado miembro establezca, mediante instrumento escrito entre el Estado miembro y los EEUU, la forma en que deberá aplicarse su tratado bilateral de extradición vigente con EEUU¹⁷. Tras la entrada en vigor del Acuerdo de extradición UE-EEUU, y del Instrumento previsto en el artículo 3.2 del mismo para la aplicación del Tratado de Extradición entre España y EEUU de 29 de mayo de 1970, se aplicará con carácter preferente para las solicitudes de

¹³ Hecho en Maastricht el 7 de Febrero 1992. Publicado en DOUE C núm. 340 de 10 de Noviembre de 1997 y BOE de 13 de Enero de 1994.

¹⁴ *“Se entiende por “Partes contratantes” la Unión Europea y los Estados Unidos de América”.*

¹⁵ Precisamente por este motivo BASSIOUNI afirma que se trata de un Tratado único puesto que pretende ser de carácter multilateral, pero realmente es de carácter bilateral. No obstante, reconoce que, aunque pudiera ser un mecanismo políticamente válido, se aleja de lo que se entiende por acuerdo multilateral según lo previsto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y el derecho consuetudinario.

¹⁶ *Vid.* artículo 3 Tratado de Extradición UE-EEUU.

¹⁷ *Vid.* Decisión del Consejo de la Unión Europea, de 6 de junio de 2003, relativa a la firma de los Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal (DO L 291, de 7 de noviembre de 2009). Acuerdos que, de conformidad con la Decisión 2003/516/CE del Consejo se firmaron en Washington D.C. el 25 de junio de 2003 (DO L 181, de 19 de julio de 2003 y Treaty Doc. 109-14, respectivamente).

extradición entre ambos países lo establecido en dicho Instrumento, sin perjuicio de aquellas disposiciones del Acuerdo de Extradición UE-EEUU que sean de aplicación directa. No obstante, si dicho Acuerdo entre UE y EEUU en materia de extradición dejara de ser aplicable, tampoco tendrá validez el nuevo acuerdo bilateral entre España y EEUU, excepto si ambos países acordaran lo contrario.

III. ENTREGA DE LA PERSONA RECLAMADA EN CASO DE CONDENA A LA PENA DE MUERTE

El Acuerdo de extradición UE-EEUU no contiene ninguna regulación acerca de las medidas que el Estado requerido debe adoptar una vez recibida la solicitud de extradición, ni el plazo en el que debe tomar la decisión –incluso en el procedimiento simplificado se aconseja a que se proceda a la entrega lo antes posible pero sin imponer un plazo máximo¹⁸– es más, resulta sorprendente que no incluya un sistema unificado de causas de denegación para todos los Estados miembros de la UE. Para todas estas cuestiones el Acuerdo UE-EEUU remite a lo previsto en cada Tratado bilateral, provocando una grave falta de unificación normativa en esta materia¹⁹.

Aún cuando no exista, en el Acuerdo UE-EEUU, un sistema que determine los motivos por los cuales se deba, o se pueda, denegar la extradición no significa que el mismo no haga mención alguna a dicha posibilidad. En este sentido, el artículo 17, tras reconocer que el Estado requerido, en relación con materias que no se encuentren reguladas por este Acuerdo, podrá alegar los motivos de denegación previstos en el tratado bilateral, establece como motivo de denegación para proceder a la extradición la existencia de una sentencia firme o la vulneración de principios constitucionales del Estado requerido, previa consulta entre el Estado requirente y el Estado requerido, a falta de regulación específica en el Acuerdo UE-EEUU o en el tratado bilateral aplicable²⁰.

¹⁸ Exactamente lo mismo se prevé en el artículo XV del Acuerdo bilateral España-EEUU.

¹⁹ El artículo 15 Acuerdo UE-EEUU precisamente establece un sistema de consultas entre las Partes contratantes cuando resulte necesario para lograr una aplicación más eficaz del mismo fundamentalmente para resolver las diferencias acerca de su interpretación o su propia aplicación.

²⁰ Los motivos de denegación de la solicitud de extradición en el tratado bilateral entre España y EE.UU vienen establecidos en los artículos II (prescripción de la acción penal o de la pena), IV (nacionales, excepto que la autoridad competente de España o el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos considere oportuno y no prohíba la legislación interna), artículo V (cuando la persona

Por el contrario, el Acuerdo UE-EEUU regula expresamente, como supuestos de “*entrega condicionada*”, lo que se convirtió en el principal escollo para la aprobación del Acuerdo: la entrega de personas condenadas a la pena capital. Así es, el artículo 13 del Acuerdo reconoce la posibilidad del Estado requerido de conceder la extradición cuando el delito por el que se solicita la extradición pudiera ser castigado en el Estado requirente con la pena de muerte y ésta no resultara aplicable en el Estado requerido con la condición de que no se imponga la pena de muerte a la persona extraditada²¹.

Como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, el criterio del TS de Estados Unidos en el Asunto *Furman v. Georgia* provocó la reforma de las leyes penales en los diferentes estados como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la pena muerte. Aunque la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo consideraron que la pena de muerte no suponía una vulneración de la Octava Enmienda de la Constitución de EEUU²², el Tribunal Supremo consideró que, tal y como se estaba aplicando, de manera arbitraria y discriminatoria, constituía una condena cruel. Esta aplicación arbitraria y discriminatoria de la

reclamada sea objeto de un proceso o haya sido ya juzgada y absuelta o condenada en el territorio del Estado requerido por el delito por el cual se pide la extradición; cuando la persona reclamada haya sido juzgada y absuelta en un tercer Estado por el delito por el que se solicita la extradición o haya cumplido la correspondiente pena en dicho tercer Estado, si el delito por el que se pide la extradición es considerado por la Parte requerida como un delito de carácter político o existen razones fundadas para creer que se persigue a la persona reclamada o se le pretende castigar por un delito político; cuando el delito sea estrictamente militar). El propio tratado bilateral entre España y EEUU establece cuándo un delito no tiene la consideración de delito político (artículo V.B); artículo VI (menores de dieciocho años en la fecha de la solicitud en determinadas circunstancias) y VII (pena de muerte). En el artículo XV de este acuerdo bilateral encontramos un motivo de denegación facultativo en el caso de incumplimiento del plazo para proceder a la entrega de la persona detenida cuya extradición ha sido concedida.

²¹ El artículo VII del Acuerdo bilateral España-EEUU establece que en los supuestos en los que el delito por el que se solicita la extradición pudiera ser castigado con pena de muerte según la legislación del Estado requirente y no sea punible con la pena de muerte según la legislación del Estado requerido, éste podrá conceder la extradición con la condición de que no se imponga la pena de muerte a la persona en cuestión, o, si por motivos de procedimiento de la parte requirente esto no pudiera hacerse, la Parte Requirente acepta la extradición con las condiciones establecidas en este artículo, dicha Parte estará obligada a cumplirlas. Si la Parte Requirente no acepta estas condiciones, el Estado requerido puede denegar la solicitud de extradición.

²² “Cruel and Unusual Punishments-Inflicted Clause”. Cuyo tenor literal reza así “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed; nor cruel and unusual punishments inflicted”.

condena a pena de muerte es lo que resulta contraria no solo a la citada Octava Enmienda, sino también a la Decimocuarta Enmienda. Aún así, no podemos dejar de mencionar el voto disidente que, a favor de la pena de muerte, argumentó que desde la promulgación de la Octava Enmienda de la Constitución de EEUU, en 181 años, ni una sola decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos había ofrecido la más mínima duda sobre la constitucionalidad de la pena capital, pues ésta se había aplicado tanto antes como después de la Octava Enmienda²³.

Como consecuencia de este nuevo criterio del TS en el asunto *Furman v. Georgia* declarando la inconstitucionalidad de la pena de muerte, más de 40 estados tuvieron que reformar sus leyes penales adecuándolas a la doctrina jurisprudencial. Sin embargo, la inconstitucionalidad de la pena muerte estuvo poco tiempo en vigor pues el TS, de nuevo, en una causa relacionada con la pena de muerte en el estado de Georgia declaró la constitucionalidad de las leyes estatales revisadas sobre la pena de muerte, permitiendo, por tanto, que se reanudaran las ejecuciones (Asunto *Gregg v. Georgia*)²⁴.

Tras este nuevo cambio en la doctrina del TS acerca de la constitucionalidad de la pena muerte, los estados son libres para incluir en su sistema penal la condena a pena de muerte, convirtiéndose éste, sin duda, en el principal obstáculo para la aprobación del Acuerdo de Extradición entre UE y EEUU.

En el intento de salvar este impedimento para la firma del Acuerdo se establece, en el artículo 13 del Acuerdo UE-EEUU, la “*entrega condicionada*” a la que hacíamos referencia anteriormente, de tal modo que los Estados miembro podrán proceder a la entrega de la persona requerida “... *con la condición de que no se imponga la pena de muerte o, si por motivos de procedimiento el Estado requirente no puede cumplir dicha condición, con la condición de que, de imponerse la pena muerte, la misma no se ejecutará...*”.

²³ Aunque el fallo de la Sentencia fue pronunciado por una mayoría de 5 jueces a 4, lo bien cierto es que cada uno emitió su opinión por separado. *Vid.* Asunto *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972). Para un estudio en profundidad acerca de la declaración de inconstitucionalidad de la pena de muerte por el Tribunal Supremo de Estados Unidos a raíz del Asunto *Furman v. Georgia* *Vid.* Yanez Román, 1973; Georgia y Georgia, 1972: 448-449; Lahey y Sang, 1973: 481-498; Gilliss, 1972-1973; Goldberg, 1974: 232-245 y Podgor et al, 2008: 54-55.

²⁴ *Vid.* Asunto *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976). Para un análisis más profundo acerca de la pena de muerte en general en Estados Unidos se puede consultar Streib, 2008. Para un estudio de la evolución de la regulación de la pena de muerte tras el Asunto *Furman v. Georgia* *Vid.* Laurin y Wollan, 1974: 213-231.

Si bien es cierto que la citada norma no obliga al Estado requerido a proceder a la entrega de la persona condenada a pena de muerte puesto que establece que, en el caso de que el Estado requirente acepte dicha condición, el Estado requerido *podrá* conceder la extradición, tampoco regula un motivo de denegación de la extradición de carácter imperativo puesto que, en caso de no cumplir con dichas garantías por parte del Estado requirente, el Estado requerido *podrá* denegar la solicitud de extradición²⁵.

Como vemos, la norma prevista en el artículo 13 Acuerdo UE-EEUU establece una causa de denegación facultativa para los Estados miembro, que denegarán la extradición en caso de que la persona reclamada haya sido condenada a pena de muerte –o pudiera serlo– en EEUU en función de lo previsto en sus respectivos tratados bilaterales lo que supone, sin duda, una falta de uniformidad en la aplicación del procedimiento de extradición. Falta de uniformidad que no solo se permite entre los Estados miembro, sino también dentro de cada uno de ellos siempre que el Tratado bilateral con EEUU regule, igualmente con carácter facultativo, la entrega condicionada en caso de pena de muerte como ocurre, precisamente, en España²⁶. En estos casos, la potestad de denegar la entrega de la persona reclamada condenada a pena de muerte queda en manos del juez que esté conociendo del procedimiento de extradición con los inconvenientes que de ello deriva.

En este sentido, debemos reconocer que la regulación de esta entrega condicionada de personas condenadas a pena de muerte no es ninguna novedad de este Acuerdo UE-EEUU dado que, en el artículo 11 del Convenio Europeo de Extradición de 1957²⁷, se establece un supuesto de entrega condicionada que permite al Estado requerido condicionar la extradición a que el Estado requirente dé seguridad suficiente de que la pena de muerte no sería ejecutada²⁸.

²⁵ Vid. artículo 13 Acuerdo de Extradición UE-EEUU.

²⁶ Cfr. Artículo VII Tratado bilateral España-EEUU.

²⁷ Hecho en París el 13 de diciembre de 1957. Instrumento de ratificación de 21 de abril de 1982 (BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982).

²⁸ Precisamente España, como otros países parte del Convenio, entre las declaraciones y reservas al Convenio, incluye una declaración en relación al artículo 11 regulando la entrega condicionada en caso de condena a pena de muerte pero con carácter más restrictivo que el régimen general del artículo 11 del Convenio de 1957 y que el Acuerdo UE-EE.UU pues establece que “... *España denegará la extradición, a no ser que la Parte requirente ofrezca garantías, consideradas suficientes por la Parte requerida, de que no se impondrá la pena de muerte o de que si se impone no será ejecutada*”.

Además de los problemas prácticos derivados de esta previsión normativa de la entrega condicionada para salvar los obstáculos que plantea la legalidad de la condena a pena de muerte en EEUU nos preguntamos si el legislador comunitario no ha actuado en la redacción de esta norma en contra de lo previsto en el artículo 19.2 Convenio Europeo de Derechos Fundamentales²⁹ donde se establece que *“nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”*. Como afirma NIETO MARTÍN, precisamente el contenido del artículo 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante CEDF, supone *“una de las grandes victorias colectivas del abolicionismo europeo”* (2010: 464), objetivo que no logró, sin embargo, el CEDH de 1950 a pesar de que, en su artículo 3, se prohíbe la tortura (Folsom, 2014: 1-3). Como podemos observar, en esta norma, por fin se regula con carácter imperativo la condena a pena de muerte de la persona reclamada como causa de denegación de la extradición, lo que debería traer como consecuencia la imposibilidad de que los Estados miembros puedan celebrar Convenios de extradición que no respeten esta norma.

Ante esta perspectiva no podemos sino poner de manifiesto que el supuesto de extradición condicionada que regula el artículo 13 del Acuerdo UE-EEUU resulta contrario al propio criterio mantenido por la Unión Europea que, expresamente, rechaza la imposición de una condena a muerte³⁰. Sin embargo, la citada norma permite la extradición a Estados Unidos, aun en el supuesto en el que Estado miembro requerido entienda que las garantías ofrecidas por EEUU no son suficientes, o cuando ni siquiera EEUU acepte las garantías que exige el Estado requerido para proceder a la extradición.

²⁹ DOCE C-364/01 de 18 de diciembre de 2000.

³⁰ Nieto Martín en este sentido se hace eco de la sentencia Venezia del TC italiano que declara la *“...inconstitucionalidad de la ley de ratificación del Tratado de cooperación entre Italia y los Estados Unidos y el art. 698.2 del Código de Procedimiento Penal al considerar que la extradición condicional en casos de pena de muerte era contraria al derecho a la vida contemplado en el art. 27 de la Constitución, que expresamente prohíbe la pena capital”*. Cfr. Nieto Martín, 2010: 481.

En este punto debemos hacer referencia al pronunciamiento del TEDH en el Asunto *Soering v. UK*³¹, puesto que sienta las bases del respeto de los Derechos humanos en la cooperación judicial internacional. Aunque excede en mucho del objetivo de nuestro trabajo realizar un profundo análisis de la sentencia del TEDH en caso *Soering*, nos sentimos en la obligación de, al menos, hacer una breve mención a los hechos a partir de los cuales la cooperación judicial internacional ha sufrido una importante evolución en relación con la protección de los Derechos Humanos³².

Soering, ciudadano americano, tras el asesinato de los padres de su novia en Virginia, donde fue condenado a pena de muerte, huye a Gran Bretaña. El Convenio de extradición entre EEUU y Gran Bretaña, país al que se solicita la extradición de *Soering*, permite denegar la extradición de la persona reclamada siempre que exista riesgo de condena a pena de muerte, excepto si el Estado requirente ofrece garantías suficientes de que ésta no se va a ejecutar. Gran Bretaña considera insuficientes las garantías de no ejecución de la condena a pena de muerte ofrecidas por EEUU denegando, por tanto, la extradición de *Soering*, que presentó su demanda ante el TEDH³³.

El TEDH cambiando el criterio en torno a la protección de los derechos humanos que tradicionalmente había adoptado la desaparecida Comisión Europea

³¹ *Soering vs. United Kingdom*. STEDH núm 14038/88 (A-161), de 7 de julio de 1989 (Caso 1/1989/161/217).

³² No obstante, no podemos dejar de lado que el asunto *Kirkwood (People v. Kirwood)*, San Francisco Superior Court, Núm. 115353, 1987) sentó un importante precedente a la hora de resolver el asunto *Soering* pues aun cuando para la extradición de *Kirkwood* el gobierno de EEUU dio garantías de la no ejecución de la pena de muerte en el Estado de California, no obstante, el fiscal general de California y el fiscal del distrito de San Francisco, no están vinculados por dicho compromiso asumido por el Gobierno puesto que no existe ninguna norma constitucional que permita al Gobierno Federal a obligar a las autoridades de un Estado cómo deben enjuiciar y qué pena imponer al acusado. Este ciudadano americano residente en el Reino Unido alegó que el tiempo que transcurre esperando la ejecución de la pena de muerte provoca el llamado “síndrome del corredor de la muerte”, lo que supone un trato cruel, inhumano y degradante que vulnera lo establecido en el artículo 3 del CEDH.

³³ Para un análisis más profundo acerca del asunto *Soering* Vid. Nieto Martín, 2010 y Jackson, 2016; 817-830. Para un estudio acerca de los antecedentes históricos de las normas internacionales que regulan los Derechos humanos Vid. Buergenthal *et al*, 2009: 1-25. Sobre la diferente perspectiva de las normas que regulan los Derechos Humanos en EEUU y Europa Vid. Breitenmoser y Piras, 2017: 535-566 y Buergenthal *et al*, 2009: 29-256 y, más reciente, Shelton, 2014: 15-43.

de Derechos Humanos, falló a favor de *Soering* puesto que, no habiendo firmado el Reino Unido en aquel momento el segundo protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁴ sobre la abolición de la pena muerte y teniendo en cuenta que EEUU, país donde existía un mero riesgo de violación del derecho a la vida, no forma parte de dicho Convenio, el Tribunal de Estrasburgo no se amparó en la vulneración de este derecho, sino en el derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes³⁵.

Independientemente de que nos mostremos contrarios a la entrega de las personas condenadas o con riesgo de ser condenadas a pena muerte, la doctrina considera que ningún país, para acceder a la entrega de la persona requerida, debe exigir al Estado requirente la misma protección de los derechos fundamentales prevista en su ordenamiento jurídico, dado que la protección del derecho a la vida no supone una norma de orden público, denegar la extradición cuando el Estado requirente condena a pena muerte supondría un obstáculo a la cooperación judicial³⁶. Sin embargo, la doctrina que emana del TEDH, a partir del caso *Soering*, pone el acento no en la vulneración del derecho a la vida sino en la protección del derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes³⁷.

A partir de la doctrina *Soering*, cuyo estudio daría para otro trabajo de investigación, no solo no se permite la entrega en estos supuestos, sino que, además, el Estado requerido que deniega la extradición no debe tampoco colaborar con el proceso que se estuviera desarrollando en el Estado requirente si existe el riesgo de que pueda imponerse la pena muerte o se pudiera violar el derecho a

³⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

³⁵ Debemos tener en cuenta que en ese momento el CEDH no prohibía la pena de muerte siendo así que, el artículo 2, en su apartado primero, establecía expresamente “*El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena*”. No es hasta la entrada en vigor del Protocolo núm. 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte (Estrasburgo, 28.IV.1983) cuando queda expresamente abolida la pena de muerte en su Artículo 1 (“*Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado*”).

³⁶ En este sentido *Vid.* Rey Martínez, 2000: 289 y ss. y Nieto Martín, 2010: 469.

³⁷ Para una visión crítica de esta doctrina del TEDH *Vid.* Dubner y Otero, 2016: 230-231.

un proceso justo pues ello también supondría una violación indirecta de derechos fundamentales³⁸.

No obstante, no es este criterio el que se desprende de lo previsto en el artículo 19.2 CEDF que, al menos teóricamente, permite la colaboración entre Estados en estos supuestos, en lo que a la entrega de pruebas se refiere, aun cuando en el Estado en el que se desarrolle el proceso exista la posibilidad de que se condene a pena de muerte a la persona reclamada.

Como afirmábamos anteriormente, el artículo 13 del Acuerdo de extradición UE-EEUU sería contrario a lo previsto en el artículo 19.2 CEDF, que si ha sido tenido en cuenta, sin embargo, por la propia UE en la Decisión Marco que, en aplicación del principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, regula la orden europea de detención y entrega³⁹ exigiendo el respeto de los derechos fundamentales previstos en el artículo 6 TUE para la aplicación de dicho instrumento de cooperación judicial penal.

En cualquier caso, precisamente la extradición condicionada en los casos de condenas a pena de muerte fue, como advertíamos anteriormente, el principal inconveniente para lograr el acuerdo de extradición entre la UE y EEUU puesto que, no podemos olvidar, que el compromiso de no condenar o no ejecutar una pena capital alcanza a las autoridades federales estadounidenses pero, en ningún caso, las autoridades de cada uno de los estados están legalmente obligadas a cumplir con dicha garantía en caso de delitos contra las leyes estatales. Dicho de otro modo, en estos casos, las autoridades federales no pueden garantizar que la pena de muerte no se impondrá ni se llevará a cabo⁴⁰.

³⁸ Un análisis más detallado tanto del asunto *Kirkwood* como *Soering* junto a otros asuntos relevantes entorno a la extradición en caso de condenas a pena muerte como el asunto *Venezia v. Ministero de Grazia e Giustizia* pueden encontrarse en Bassiouni, 2014: 602-611. Sobre las relaciones de EEUU con el resto de la comunidad internacional que condena la pena muerte *Vid.* Streib, 2008: 277-296.

³⁹ Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI). DOCE núm. 190, de 18 de julio de 2002.

⁴⁰ No solo se ha convertido en un problema de cooperación judicial penal con Estados miembros de la Unión Europea sino con la mayoría de los países que han abolido de sus ordenamientos jurídicos la pena de muerte. *Vid.* Podgor y Clark, 2013: 156-157 y 222-224.

En relación con las causas de denegación de la extradición entre países miembros de la UE y EEUU, recordar lo que advertíamos anteriormente acerca de la posibilidad que tiene cada Estado miembro, al igual que EEUU, de rechazar la extradición en función de los motivos de denegación previstos en su tratado bilateral con EEUU.

Desde el momento en que este Acuerdo de extradición, sorprendentemente, no establece los motivos de denegación de la extradición hay que reconocer que, al menos, hace referencia al supuesto en el que la extradición pudiera ser contraria a los principios constitucionales del Estado requerido y la imposibilidad de proceder a la entrega en caso de vulneración del principio *non bis ídem* por la existencia de una sentencia firme. Si bien es cierto que el Acuerdo no los incorpora como causas de denegación de la extradición, sí reconoce que suponen un impedimento para proceder a la misma y, por tanto, en el caso de no encontrar una solución en el Acuerdo UE-EEUU, o en el Acuerdo bilateral, se procederá a buscar una solución a través del mecanismo de las consultas, tan de moda en la actualidad en los más recientes tratados internacionales⁴¹, entre el Estado requerente y el Estado requerido⁴².

Bibliografía

- ABBEL, M. (2001). *Extradition to and from the United States*, Nueva York: Transnational Publishers.
- BASSIOUNI, M.C. (2014). *International Extradition: United States Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press.
- BREITENMOSER, S. y PIRAS, C. (2017). "Europe v. USA: Different Standards and Procedures in Human Rights Protection". *Swiss Review of International and European Law*, 27, nº. 4.

⁴¹ Vid. por ejemplo, el sistema de consultas en caso de concurrencia de jurisdicción en el artículo 22.5 del Convenio sobre la ciberdelincuencia hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (BOE, núm. 226, de 17 de septiembre de 2010).

⁴² Cfr. artículo 17.2 Convenio Acuerdo UE-EEUU.

- BUERGENTHAL, T., SHELTON, D., y STEWART, D., (2009). *International Human Rights in a nutshell*, St. Paul (MN): West.
- BUJOSA VADELL, L., (2004). "Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición y asistencia judicial en materia penal". *Revista General de Derecho Europeo*, 3.
- CASTELLANO, J.M. (2015). *Prosecutor's manual for arrest, search and seizure* (3ª edición). Nueva York: LexisNexis.
- CUERDA RIEZU, A. (2003). *De la extradición a la "euroorden" de detención y entrega*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J. (2003). "Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición". *Actualidad Penal*, 4.
- DUBNER, B.H. y OTERO, B. (2016). "The Human Rights of Sea Pirates: Will the European Court of Human Rights Decisions Get More Killed". *Washington University Global Studies Law Review*, 5 (2).
- FOLSOM, R.H. (2014). *European Union Law in a nutshell* (8ª Edición). St. Paul: West Academic.
- FONSECA MORILLO, F. (2003). "La orden de detención y entrega europea". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14 (enero-abril).
- FONTESTAD PORTALÉS, L. (2013). "Ejecución de la orden europea de detención y entrega en juicios celebrados sin comparecencia del imputado", en *Nueve estudios para informar un Proceso Penal Europeo y un Código Modelo para potenciar la Cooperación Jurisdiccional Iberoamericana*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2013.
- FONTESTAD PORTALÉS, L. (2020). "Acuerdo de extradición entre Estados Unidos de América y la Unión Europea: Condena a pena de muerte y extradición", *Revista General de Derecho Procesal*, 52.

- GEORGIA, F., y GEORGIA, J. "Cruel and Unusual Punishment: The Death Penalty Cases: Furman v. Georgia, Jackson v. Georgia, Branch v. Texas, 408 U.S. 238 (1972), en *Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science* 63, no. 4.
- GILLISS, T.P. (1972-1973). "The Furman Case: What Life is Left in the Death Penalty", en *22 Cath. U. L. Rev.* 651.
- GOLDBERG, A., (1974). "The death penalty and The Supreme Court", en *Criminal Justice Systems Review*, parte 2.
- JACKSON, M., (2016). "Freeing Soering: The ECHR, State Complicity in Torture and Jurisdiction", en *European Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 3.
- LAFAVE, W.R., ISRAEL J.H. y KING, N.J., (2007). *Criminal Procedure*, Ed. Thomson-West, St. Paul, Vol. 3.
- (2014-2015) *Criminal Procedure*, 3ª Edición, West's Criminal practice series, Vol. 2.
- LAFAVE- ISRAEL "006). *Criminal Procedure, Constitutional Limitation*, Ed. Thomson-West, St. Paul.
- LAHEY, K.A., y SANG, L.M., (1973). "Constitutional Law - The Remains of the Death Penalty: Furman v. Georgia," *DePaul Law Review* 22, no. 2.
- LAURIN, A., y WOLLAN, J.R., (1974). "The Death Penalty after Furman" en *Criminal Justice Systems Review*, parte 2.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., (2003). "El futuro de la extradición en Europa", Derecho extradicional, Apéndice, *Colección Estudios Penales* núm. 6, Madrid: Ed. Dykinson.
- MARCUS, P., y AA.VV., (2009). *Criminal Procedure in practise*. Louisville: Ed. National Institute for Trial Advocacy (3ª Edición).
- MORENO CATENA, V., (segundo trimestre-2005). "La orden europea de detención en España", *Revista del Poder Judicial*, núm. 78.

- NIETO MARTIN, A., (2010). "La cooperación judicial en la UE como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los Derechos humanos", en *Hacia la Abolición Universal de la pena capital*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- PODGOR, E.S., y CLARK, R.S., (2013). *International Criminal Law*. San Francisco: Ed. LexisNexis, (3º Edición).
- PODGOR, E., HENNING, P.J., y COHEN, N.P., (2008). *Mastering criminal law*. Durham. Ed. Carolina Academic Press.
- REY MARTÍNEZ, F., (2000). "El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario a la STC 91/2000 y concordantes", en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5.
- SCHAACK, B., (2009). *International Criminal Law*. Nueva York: Ed. Aspen Publisher.
- SHELTON, D., (2014). *International Human Rights Law*. Northampton: Ed. Edward Elgar Publishing Limited.
- SPEAR, S., (1885). *Law of Extradition International and Inter-state*. Albany (3ª edición).
- STREIB, V., (2008). *Death Penalty*. St. Paul: Ed. Thomson-West.
- VAN DEN WYNGAERT, C., (2014). *International criminal law: A collection of international and regional instruments*. Boston: Ed. Brill.
- VOGEL, J., (2001). "¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición de la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Judicial: El derecho penal internacional*. Madrid: CGPJ.
- YANEZ ROMÁN, P.L. (1973). "Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en U.S.A", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*.
- ZANOTTI, I., y ROTMAN, E., (2006). *Extradition in Multilateral Treaties and Conventions: Extradition in Multilateral Treaties and Conventions*. Boston: Ed. BRILL.

LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO Y LOS TITULARES DE DERECHOS REALES ANTERIORES NO INSCRITOS O INSCRITOS CON POSTERIORIDAD A LA ANOTACIÓN

Just Franco Arias
Catedrático de Derecho Procesal. Abogado

I. EL MOTIVO DE ESTE TRABAJO

Las discípulas del Prof. José Martín Ostos han tenido a bien invitarme a participar en el libro homenaje que le están preparando con motivo de su jubilación. He aceptado encantado, no sólo por la relación de amistad que me une con Pepe, sino, también y sobre todo, porque creo que es un homenaje más que merecido. Es suficiente con recordar su obra, conocida por todos, para darse cuenta de que su trabajo lo coloca entre los referentes del actual Derecho Procesal español.

Voy a intentar hacer una breve reflexión crítica sobre la postura mayoritaria que considera que la anotación preventiva de embargo no afecta a los titulares de derechos reales anteriores no inscritos en el Registro de la Propiedad.

En adelante, me referiré simplemente a la anotación de embargo para abreviar y porque todas las inscripciones, anotaciones y notas del Registro tienen, en definitiva, función preventiva, aunque la anotación merezca esta adjetivación en la normativa (art. 42 LH o 629 LEC).

II. LA DESIGUALDAD DE TRATO ENTRE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO Y LA HIPOTECA

La anotación de embargo tiene una doble regulación en las normas procesales y sustantivas.

En general, a lo que se ha venido denominando históricamente "hipoteca judicial", es decir, la anotación de embargo, se le ha dado un tratamiento más desfavorable que a la hipoteca.

Resumiendo mucho la cuestión, la hipoteca inscrita recibe desde el punto de vista de los derechos reales el mismo trato que cualquier otro derecho real. Desde la perspectiva de crédito que garantiza, goza de una preferencia notable frente a otros créditos.

Por el contrario, la anotación de embargo no recibe la misma consideración. Se viene a entender que aunque el embargo esté anotado, el acreedor judicial no queda protegido frente al verdadero propietario, distinto del ejecutado, si este ha adquirido con anterioridad a la anotación del embargo, aunque no haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. Por lo que respecta a su preferencia crediticia, también, es menor, pero esta cuestión queda al margen del presente trabajo.

En definitiva, para que prospere una tercería de dominio en una ejecución amparada por una anotación de embargo, se considera mayoritariamente que es suficiente con acreditar que se era propietario del inmueble antes del embargo, obviamente, siempre que no se sea el ejecutado.

Es indiferente que el propietario en el momento de la anotación del embargo no tenga inscrito su derecho. No se considera relevante que se haya embargado en la legítima creencia, es decir, con buena fe, de que el bien era del ejecutado porque estaba inscrito a su nombre. Incluso, es así aunque tampoco hubiera otros indicios materiales claros de lo contrario. No juega en este caso la protección que otorga el Registro a los que "adquieren" de buena fe, fiándose de lo que consta en él, e inscriben su derecho a su vez.

En la interpretación más extrema, se considera, incluso, que la tercería de dominio debe prosperar si la adquisición por el tercero se hace después del embargo pero antes de su anotación, aunque el nuevo adquirente no inscriba o lo haga después de la anotación del embargo.

III. LAS RAZONES COYUNTURALES QUE ME HACEN PENSAR QUE ES UN MOMENTO OPORTUNO PARA REVISAR LA DESIGUALDAD ENTRE ANOTACIÓN DE EMBARGO E HIPOTECA

Hay multitud de trabajos analizando las razones para justificar esta desigualdad. La jurisprudencia también lo hace.

Pero, desde hace mucho tiempo que me suscita dudas esta cuestión. Es más, en general, cuando me he posicionado en algún trabajo, por tener que tratarla aunque fuera colateralmente, me he inclinado por la postura minoritaria que aboga por un trato lo más igualitario posible de ambas instituciones¹.

He creído que este momento era oportuno para volver a reflexionar sobre la cuestión.

La primera razón, que me ha llevado a entenderlo así, es debida a la grave crisis económica que hemos sufrido y aún "colea". Uno de los argumentos sociales y económicos que permitía defender la protección a ultranza de la hipoteca y su crédito, se ha quebrado.

La salvaguarda de la hipoteca y del crédito que garantiza, normalmente bancario, se consideraba esencial para el adecuado funcionamiento social y económico del país.

Además, los bancos ofrecían una apariencia de buen hacer que justificaba, también, un trato privilegiado.

Con la crisis, todo esto se ha puesto en entredicho. La conducta bancaria en relación a la medida y adecuada gestión del crédito hipotecario ha sido cuestionada.

¹ Desde que realice mi tesis doctoral sobre el apremio en los años 80 del siglo pasado, me asalta periódicamente esta duda. En diversos apartados del libro que recoge la tesis ("*El procedimiento de apremio*", Librería Bosch, Barcelona, 1987) se pueden apreciar reflexiones puntuales al respecto (por ejemplo, págs. 360 y ss. al tratar la tercería de dominio y su alcance si se ejercita durante el apremio).

Además, el crédito hipotecario (y, en general, el crédito) ha dejado de fluir o se ha visto muy limitado durante largo tiempo.

Debido a lo anterior, hasta cierto punto al menos, se ha puesto en entredicho socialmente el crédito hipotecario y la especial protección de la que gozaba. Ya no es el "sancta sanctorum" de otras épocas. Se puede cuestionar cualquiera de sus aspectos y comparar con otras instituciones, sin que ser acusado de intentar atentar contra uno de los pilares de la sociedad.

La segunda razón que me ha animado a abordar esta cuestión es el indudable avance social, económico y cultural de nuestra sociedad. En una España menos avanzada, quien adquiriría una finca u otro derecho real sobre un bien inmueble, pudiera ser que no estuviera al tanto que lo más conveniente para su mejor salvaguarda era inscribirlo en el Registro de la Propiedad.

Por ello, podía tener sentido que se diera preferencia al que adquiere un derecho real, aunque no lo inscriba, frente a un embargo anotado.

Hoy en día, creo que la situación ha cambiado. La regla debería ser que, salvo casos extremos, que se pueden excepcionar en una futura reforma legislativa, la anotación de embargo otorgue la misma protección que la inscripción de cualquier otro derecho real que se incorpora al Registro de la Propiedad y, en especial, la que da la hipoteca.

Finalmente, he tenido en cuenta que ya casi no quedan instituciones con las que no se atreva el legislador o los Tribunales. La reforma de lo que antes se consideraban pilares inmutables de nuestro derecho está al orden del día. Se reforman y se vuelven a reformar sin reparo alguno. Con demasiada frecuencia, las reformas ni tan siquiera merecen una ley específica. Se incluye como meras disposiciones finales de otras leyes cuyo objeto puede ser muy distinto.

La hipoteca no ha sido ajena a esta situación. Las especialidades del procedimiento de ejecución hipotecaria han sufrido diversos reveses, por todos conocidos. A ello, se ha unido lo que también ha sufrido la regulación del propio crédito hipotecario desde el punto de vista sustantivo. Especialmente, se han producido ligados con la protección de los intereses de consumidores y usuarios.

Han venido tanto desde el punto de vista legislativo como jurisprudencial y tanto desde dentro como desde fuera de España.

Ante esta tesitura, toma mayor sentido preguntarse sobre si hay razón suficiente para dar un trato diferente a un crédito garantizado con una hipoteca inscrita, que a un crédito reconocido judicialmente y garantizado por un embargo anotado. Mi respuesta es negativa, dejando a salvo todas las excepciones y matizaciones que se quieran introducir.

Con lo que expongo, no quiero decir que deba menoscabarse más la hipoteca como garantía del crédito que salvaguarda. Lo que se pretende sostener es que hay que igualar el embargo anotado a la hipoteca en cuanto a la protección que ofrece.

IV. LA POSTURA DE IGUALDAD CON EL RESTO DE DERECHOS REALES QUE SE PROPONE

Como ya se ha avanzado, desde mi punto de vista, el embargo debería considerarse como o equivalente a un "derecho real", pese a todas sus peculiaridades. El embargo anotado debería entenderse como el equivalente a una hipoteca a los efectos de la protección que otorga (si acaso podríamos discutir el trato que le debemos dar si se acuerda en el ámbito administrativo, pero esta cuestión no es objeto de este trabajo).

Sin entrar en naturalezas jurídicas, ni en razones históricas, ni en ninguna otra cuestión que puede tener incidencia, pero que creo que nos distraería de lo esencial, entiendo que si un acreedor tiene que sufrir un proceso para que se le reconozca la legitimidad de su crédito y, después, iniciar una ejecución para intentar satisfacerlo, con el correspondiente embargo de bienes al ejecutado, anotación, en su caso, y apremio posterior, no me parece que a la medida de aseguramiento del cobro de ese crédito, es decir, al embargo y su anotación, se le deba considerar de peor condición que una hipoteca.

La última nace de un acuerdo y el primero de un proceso judicial. Su legitimación es incuestionable en ambos casos. No sabría decir cual debería merecer mayor protección. En el caso del embargo anotado está en juego, incluso, la

credibilidad de la Administración de Justicia y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En todo caso, me parece que se puede justificar esta postura simplemente al amparo del art. 14 CE. Es decir, del derecho a la igualdad de trato por la ley a casos análogos que recoge esta norma.

Si has adquirido una finca y no la inscribes en el Registro de la Propiedad y luego, fiándose de lo que dice el Registro, la embargan y anotan ese embargo en el Registro debido a deudas del anterior propietario ejecutado, el embargo anotado debería tener la misma preferencia dentro del rango de los derechos reales que afectan a la finca que, en general, el resto de derechos reales y, en concreto, que una hipoteca.

En definitiva, el embargo anotado debería recibir el mismo trato que la hipoteca. Si se adquiere una finca, no se inscribe y luego el vendedor constituye ilegítimamente una hipoteca, aprovechándose de que la finca aún consta a su nombre, en general, la hipoteca queda protegida y afecta al verdadero titular de la finca, sin perjuicio de que este pueda exigir las responsabilidades que considere oportunas frente al anterior titular que la ha constituido indebidamente.

Lo mismo debería suceder con el embargo anotado. Como hemos dicho, el actual propietario le podrá pedir las correspondientes responsabilidades al embargado/vendedor, en ambos casos (embargo anotado o hipoteca constituida e inscrita).

En el caso del embargo anotado, lo hará por no haber advertido al Tribunal de que el bien no se podía embargar, anotar y, luego, subastar por ser de otro. En el caso de la hipoteca, por haber dispuesto de él constituyendo una hipoteca cuando ya lo había transmitido. Pero, no se debería alterar el juego ordinario que ofrece el Registro, en ninguno de los dos casos.

¿Y si el ejecutado está en rebeldía y no pudo advertir de que el bien ya no le pertenecía? Si la rebeldía es voluntaria, debe pechar con sus consecuencias. Si es involuntaria, habrá que analizar cada caso para determinar su responsabilidad o a lo mejor, incluso, la de la Administración de Justicia, si ha permitido un

embargo pese a ser manifiesto que el inmueble ya no pertenecía al ejecutado. Puede que, también, haya que analizar la responsabilidad del propio ejecutante, si ha insistido en el embargo y apremio pese a que conocía la situación (no si podía conocer, sino si conocía realmente que el bien ya no le pertenecía al ejecutado y lo oculta al Tribunal).

Pero, si en el Registro consta el ejecutado como titular, en principio, quien debe pechar con las consecuencias es quien no lleva su derecho al Registro para darle la publicidad y cobertura que hoy en día ya puede considerarse como ordinaria.

Llevar los derechos adquiridos al Registro ya no es una excepción. Es la regla. Es conveniente "incentivarlo" con medidas como la expuesta. La propia seguridad jurídica de todos se verá mejorada, si se parte de la premisa de que estar en el Registro de la Propiedad debe ser la norma y no la excepción y se actúe en consecuencia.

De hecho, esta postura viene, hasta cierto punto, avalada por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, el art. 593.3 LEC establece que si el bien a embargar está inscrito a nombre del ejecutado, sin necesidad de ulteriores comprobaciones, se acordará el embargo.

Sólo se desembargará de forma automática, si el verdadero titular comparece solicitándolo y aportando una certificación registral conforme quien realmente consta en el Registro es él.

En caso contrario, el titular del bien erróneamente embargado deberá acudir al expediente más engorroso de la tercería de dominio para liberarlo (art. 595 LEC). El Registro cobra peso. Lo normal es que quien consta en él sea el propietario y se actúa en consecuencia.

El siguiente paso en la normalización del Registro de la Propiedad y la anotación de embargo sería que, si el bien está inscrito a nombre del ejecutado y se embarga y anota el embargo, la tercería de dominio sólo prosperará, si tal anotación no quedara protegida por la fe pública registral (arts. 32 y 34 LH). Es decir, si el tercero puede demostrar que existían indicios evidentes de su propiedad de los que podía tener conocimiento el Tribunal o el propio ejecutante.

No debería valer acudir a la tercería de dominio con un mero contrato privado o, incluso, una escritura pública no inscrita, si el inmueble estaba desocupado, o incluso ocupado por el mismo ejecutado con otro título distinto al de propietario (por ejemplo, como arrendatario), y no había indicios de que el verdadero propietario no era el ejecutado. Con esta medida, se podría evitar parte de las tercerías de dominio fraudulentas.

V. ES POSIBLE SOSTENER ESTA INTERPRETACIÓN, INCLUSO, CON LA NORMATIVA ACTUAL

1. Lo ideal sería una reforma legislativa que acabara con cualquier posible duda

La postura que se defiende tiene el hándicap de que presuntamente no se ajusta a lo que establece el derecho positivo, debido a la interpretación de ese derecho que ha realizado la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Pero, esto tiene fácil solución. Es suficiente con la correspondiente reforma legislativa².

² Ya puestos y aunque se trata de una cuestión distinta, aunque un tanto relacionada, debería reformarse, también, los arts. 38, párrafo tercero LH y 658, párrafo primero LEC que recogen la denominada tercería registral. No se debería levantar el embargo por la mera circunstancia de que se incorpore a autos una certificación del Registro de la Propiedad en la que conste otro titular distinto al ejecutado, por ejemplo, si llega este certificado al amparo del trámite previsto en el art. 656 LEC del procedimiento de apremio.

No sólo debería contemplarse como excepción al levantamiento del embargo, los casos en que la inscripción fuera a favor de un fallecido del que el ejecutado es heredero, como hace el art. 38 LH y 658 LEC.

Debería mantenerse el embargo siempre que constara en autos indicios suficientes de que el verdadero titular es el ejecutado, aunque registralmente pudiera haber otro inscrito (por ejemplo, si se hubiera aportado un contrato privado de transmisión del titular registral al ejecutado).

En esta línea, CACHÓN CADENAS, Manuel, en su comentario al art. 594 LEC en la obra colectiva dirigida por LORCA NAVARRETE, Antonio María, *“Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”*, Lex Nova, Valladolid, 2000, T. III, págs. 3234 y 3235 sostiene que si consta en autos indicios de que el bien pertenece al ejecutado aunque conste inscrito a nombre de un tercero, con la regulación actual, al menos se debería embargar y mantenerse el embargo. Sostiene que se podría, también, tomar anotación preventiva de la suspensión de la anotación de embargo y, una vez tenga lugar la inscripción del bien a nombre del ejecutado, dicha anotación de suspensión se convertiría en anotación preventiva embargo.

Es, en definitiva, lo que se desprende del art. 629.2 LEC al enfrentarse precisamente con estos casos. Está en contradicción con el art. 38 LH y 658 LEC. Debería primar lo que se desprende de esta norma. Se podrá embargar y apremiar si hay indicios de que el bien pertenece al ejecutado,

Hoy en día, se hacen reformas legales sin demasiada reflexión ni medida y por muy diversas razones. Quizás, la que se propugna tendría mayor justificación que muchas de las ya realizadas.

Posiblemente, sería suficiente con introducir en la legislación hipotecaria sustantiva, que el embargo puede ser "inscrito" con el mismo alcance que una hipoteca, se siga utilizando el término anotación o directamente se pase a denominar inscripción del embargo, sin perjuicio de respetar sus peculiaridades, es decir, como una especie de hipoteca judicial, y dejando de ser sólo susceptible de "anotación" en el Registro como algo provisional y menor.

Con algún retoque más en la normativa sustantiva y procesal podrían acabar las desigualdades que padece el embargo cuando busca la protección del Registro de la Propiedad (por ejemplo, de los arts. 1923 CC en cuanto a la unificación de criterios de preferencia crediticia con la hipoteca o de los arts. 594 y 595 LEC en cuanto a limitar con total claridad el alcance de las tercerías de dominio y del art. 629 LEC en orden a indicar que como medida de aseguramiento del embargo lo que procederá será la inscripción del embargo o, alternativamente, si

porque por la titulación del ejecutado trae causa por cualquier circunstancia (no sólo la hereditaria) del titular inscrito. Pero no se podrá anotar el embargo, salvo una anotación preventiva de suspensión, hasta que se logre inscribir la finca a nombre del ejecutado.

La inscripción a favor del ejecutado se podría obtener a través de lo previsto en el art. 664, párrafo segundo, LEC. Sobre el particular, puede verse, mi comentario al art. 664 LEC en la obra colectiva dirigida por LORCA NAVARRETE, Antonio María, *"Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"*, Lex Nova, Valladolid, 2000, T. III, págs. 3331 y 3332. Se trata de una exposición muy breve que, hasta cierto punto, se puede completar con lo expuesto en mi libro, *"El procedimiento de apremio"*, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 135 y ss., como se indica en nota al pie del comentario citado al art. 664 LEC.

De todas formas, me parece que lo más adecuado a la tutela judicial efectiva del ejecutante, sería reformar la tercería registral en el sentido expuesto en los primeros párrafos de esta nota. Alternativamente o hasta que la reforma legislativa se produzca, se debería considerar que no se ajusta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el que no se embargue un bien que manifiestamente es del ejecutado. La inscripción en el Registro no es constitutiva en la mayor parte de los derechos. Si el ejecutado no ha tenido la diligencia de incorporar su derecho al Registro, esta circunstancia no debería evitar el embargo. Habría que hacer una lectura constitucional de las normas que regulan la tercería registral y dejar fuera estos casos. Sólo aplicarla, cuando no sólo no consta el ejecutado como titular registral sino cuando hay indicios suficientes de que materialmente tampoco lo es. El art. 24.1 CE debe primar sobre el resto de las normas sustantivas. Estas, o bien se adaptan en su interpretación, o bien, si no es posible, hay que considerarlas directamente como inaplicables por inconstitucionales.

se mantiene como anotación, señalando que tendrá rango prácticamente equivalente a la inscripción de una hipoteca).

2. La interpretación en que se sostiene la postura tradicional

Pero, aún sin reforma legislativa, cabe plantearse lo que da de sí la normativa actual en la línea expuesta de potenciar la protección que otorga la anotación del embargo.

Para ello, lo primero es fijar los criterios sobre los que se sustenta la postura tradicional contraria a que la anotación proteja respecto a titulares de derechos anteriores a la anotación del embargo, aunque estos no estén inscritos.

Los argumentos de la jurisprudencia reiterada sobre la materia, se resumen, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 810/2005, de 4 noviembre (RJ 2005\7715). En su fundamento de derecho quinto, recoge la doctrina jurisprudencial al respecto que incorpora el análisis normativo que sustenta el desmerecimiento del embargo anotado respecto a otros derechos aun cuando no estén inscritos³:

“la doctrina de esta Sala es unánime en el sentido de que la anotación de embargo no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba, aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre bienes que no estén en el patrimonio del deudor, ni el acreedor embargante goza de la protección del art. 34 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) (sentencias de 14 de diciembre de 1968 [RJ 1968, 5859], 12 de junio de 1970 [RJ 1970, 2921], 31 de enero de 1978 [RJ 1978, 229], 19 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9243], 10 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3896] y 14 de junio de 1996 [RJ 1996, 4772], entre otras, algunas de ellas invocadas por la actora en la primera instancia).

Como declara la primera de las expresadas sentencias, «[...] el favorecido por la anotación, no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la

³ Un resumen de la corriente doctrinal y jurisprudencial que sostiene esta postura, también, puede verse, entre otras, en una obra reciente y, por tanto, actualizada y de fácil acceso: TORIBIOS FURENTES, Fernando, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y SABATER SABATÉ, Josep María, *“El apremio”*, Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2019, págs. 79 y 80, en especial, en sus notas 124 a 126.

fe pública registral, que otorgan los arts. 32, 34 y 37 de la LH (RCL 1946, 886), y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no estén inscritos, ni atribuya por sí solo, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes.

[...] en armonía con estos principios de nuestra legislación hipotecaria, esta Sala ha venido proclamando, con reiteración que la anotación preventiva de embargo no altera la situación jurídica existente respecto a créditos ya contraídos por el deudor embargado y, con mayor razón en cuanto a los actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado, y sólo atribuye preferencia sobre las obligaciones contraídas a las enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación, SS. de 7 marzo 1896, 28 enero 1903, 2 marzo 1910, 21 febrero 1912, 5 julio 1917, 31 octubre 1928 y 22 marzo 1943, diciéndose, en la de 29 noviembre 1962, que el embargo de bienes del deudor, sólo puede recaer "sobre los que éste realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto de que si se solicita anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad, si se consigue, tal anotación no lesiona los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada, ni produce efectos contra terceros, cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos otorgados con anterioridad, aunque no estén inscritos, según los arts. 1923 del CC y 44 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886)".

O, como dice la sentencia de 19 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9243), «en modo alguno tiene el titular del embargo la condición de tercero a los efectos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, porque no ha adquirido en las condiciones por él definidas ningún derecho real sobre la cosa y, en consecuencia, si la cosa se demuestra que no pertenece al titular registral es posible, como en el caso de autos, que su propietario obtenga resolución judicial que le tenga por tal aun con base en documento privado, pues todo documento privado es apto para, en unión de las demás pruebas, desvirtuar la presunción de legitimación registral de que goza el titular inscrito».

No puede dejarse de poner de manifiesto que esta jurisprudencia no suscita pleno asentimiento doctrinal y puede plantear dificultades a la aplicación del artículo 175, regla 2ª, del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642), modificado por la Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre (RCL 1992, 2699) (en cuanto, con el limitado rango que le es propio, extiende los efectos cancelatorios que derivan de

la adjudicación a las inscripciones posteriores a la anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores), según pone de manifiesto la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

No es menester, sin embargo, pronunciarse sobre este específico particular, puesto que basta con subrayar que, según la doctrina jurisprudencial expresada, la anotación preventiva de embargo produce una afección de los terceros adquirentes o titulares de derechos reales sobre el bien embargado, cuando sus títulos tengan fecha posterior a la anotación y que la inmunidad que se predica se refiere únicamente a los títulos de fecha anterior, aunque se inscriban con posterioridad a la anotación”.

3. Es posible defender que la normativa actual no avala la preferencia del tercero adquirente anterior no inscrito frente al embargo anotado

Si nos fijamos en los argumentos manejados por la Sentencia citada en el anterior apartado, no hay ninguna norma que de forma directa y literal avale que la anotación de embargo solo debe proteger frente a los terceros adquirentes posteriores a la anotación. En los siguientes apartados, se confirmará que esto es así.

A) Desmontando el argumento que se ampara en el art. 44 LH en su remisión al 1923 CC

La Sentencia del Tribunal Supremo antes referida se apoya, sobre todo, en el art. 44 LH en cuanto a su remisión a su vez al art. 1923 CC, para defender la limitada protección que debe proporcionar su anotación al embargo.

Pero, estos artículos no se refieren directamente a la preferencia entre derechos reales. Se refieren a la preferencia entre créditos. Aún más concretamente, el art. 44 LH se refiere a la preferencia entre créditos cuando uno de ellos este anotado, remitiéndose al respecto al art. 1923 CC, que está en un apartado del CC que regula la preferencia entre créditos en general. Estos artículos, el art. 1923 y los restantes del capítulo del CC destinados a la clasificación de créditos (arts. 1921 y ss.) sirven exclusivamente para eso, para fijar preferencias entre créditos.

Las reglas del derecho obligacional y, más aún dentro de él, las normas que regulan la preferencia crediticia no son comunes con las que se establecen para

los derechos reales, ni coinciden con las que se refieren al régimen de preferencia entre derechos de esta naturaleza. Sin embargo, aquí se pretende asimilar un caso con otro, sin suficiente justificación⁴.

El régimen de preferencia entre créditos tiene en cuenta, a veces, si existe una garantía de este crédito incorporada al Registro de la Propiedad (hipoteca o anotación) a los efectos de establecer preferencia entre créditos o la prelación entre créditos privilegiados. La vía para ejercitar esta preferencia o prelación, en una ejecución, es la tercería de mejor derecho.

Pero, este régimen no debería trasladarse al ámbito de los derechos reales, entre los que hay que contar, en sentido amplio, al embargo este o no anotado, pese a su origen y naturaleza procesal.

No hay norma que lo autorice de forma literal. Se considera así simplemente debido a una pretendida tradición interpretativa de los art. 44 LH y 1923 CC mantenida por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria.

Una prueba adicional a lo expuesto es que no sirven estas normas sobre preferencia crediticia para determinar la preferencia entre un embargo anterior, respecto a un derecho de propiedad posterior, cuando ninguno de ellos ha sido incorporados al Registro⁵.

El art. 44 LH y el art. 1923 CC sólo se refieren al embargo anotado. Cuando no es así, la interpretación tradicional falla. Se abre una laguna legal.

En este caso de comparación de rango entre el embargo y otro derecho real no inscrito, la interpretación se inclina, en general, por considerar que debe primar

⁴ En el mismo sentido, ya me posicionaba en mi trabajo, "El procedimiento de apremio", Bosch, Barcelona, 1987, págs. 363 y 377. También, en la misma línea, puede verse, CACHÓN CADENAS, Manuel, en su comentario al art. 629 LEC en la obra colectiva dirigida por LORCA NAVARRETE, Antonio María, "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", Lex Nova, Valladolid, 2000, T. III, pág. 3233. También, la Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), Resolución de 3 marzo 2011 (RJ\2011\3577).

⁵ La anotación no es constitutiva (art. 587.1 LEC) a diferencia de la hipoteca y sólo otorga una mayor protección al "derecho real" de embargo, como ocurre con la inscripción de cualquier otro derecho real. Por eso, es posible la situación descrita.

simplemente el más antiguo. Se considera que hay que aplicar las reglas comunes que rigen para determinar la preferencia entre derechos reales (se desprende, entre otras normas, de los arts. 445 y 1473 CC y de los arts. 32, 34 y 37 LH).

Ni los que se cuestionan si la anotación debe dar al embargo la misma protección que la inscripción da a cualquier otro derecho real, discuten que, actualmente, la postura que parece más acertada, cuando se ha de fijar la preferencia entre un derecho real "clásico" como la propiedad y una carga "real" como el embargo es que, simplemente, debe primar el más antiguo, si no está por medio el Registro de la Propiedad⁶.

Y lo que se sostiene en este trabajo, es que lo mismo debe ocurrir cuando alguno de los derechos en conflicto está incorporado al Registro de la Propiedad. Las normas propias de derecho de obligaciones, que rigen la preferencia entre créditos (arts. 1921 y ss. y entre ellos el art. 1923 CC al que se remite el art. 44 LH), no están previstas para determinar la preferencia entre un embargo anotado y un derecho de propiedad anterior no inscrito o inscrito con posterioridad a la anotación del embargo.

También en este caso, se deberían aplicar las reglas que rigen para determinar, en general, la preferencia entre derechos reales que se encuentren en esta situación, es decir, el primero que se incorpora al Registro tiene preferencia, si no falta la buena fe (a tenor, en especial, de los arts. 32, 34 y 37 LH).

Se sigue tratando de comparar la preferencia entre derechos reales y otra carga igualmente "real" aunque tenga origen procesal como el embargo. En este caso, cuando ya hay al menos una que se ha incorporado al Registro. No se trata de comparar la preferencia entre créditos, tampoco, en este supuesto. En definitiva, debería primar, el embargo posterior anotado frente al derecho de propiedad anterior no inscrito o inscrito con posterioridad a la anotación⁷.

⁶ CACHÓN CADENAS, Manuel, en su comentario al art. 629 LEC en la obra colectiva dirigida por LORCA NAVARRETE, Antonio María, "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", Lex Nova, Valladolid, 2000, T. III, págs. 3234 Y 3235 (apartados a y e), resume las distintas posturas en relación a los efectos del embargo y su anotación, que incluye la que se expone.

⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 1180/2004, de 30 noviembre (RJ 2004\7857), FD 4º y 5º, considera que, al menos, es preferente el embargo anotado frente al propietario que adquiere después del embargo pero antes de la anotación, si su inscripción, también, es posterior a la anotación.

La anotación del embargo no puede cambiar la naturaleza del embargo. Al contrario, la confirma. Se hace extraño y no parece razonable que al embargo anotado, se le pretenda aplicar un régimen peor que al no anotado.

No es razonable que se le pretenda dar un trato peor que a cualquier otro derecho real porque se incorpora al Registro. Si no se incorpora al Registro se le trata como a cualquier otro derecho real en orden a su preferencia: el primero en el tiempo es el mejor en el derecho. Pero, si se incorpora al Registro, se le penaliza considerando que no tiene preferencia por orden de las inscripciones como ocurre con el resto de derechos reales. Si hay un derecho real anterior al embargo o, incluso en la interpretación más extrema, a su anotación, aunque no esté inscrito, se considera que es preferente al embargo anotado⁸.

Menos razonables parece, cuando esta interpretación se apoya en una especie de transmutación de la naturaleza del embargo que pasa de real a obligacional, es decir, de derecho real a mero crédito por efecto de su anotación. Y todo ello, sin una base de apoyo más que la remisión del art. 44 LH al art. 1923 CC, que lo único que regula es que un crédito amparado con un embargo, que, además, está anotado, tiene una preferencia sobre otros créditos, en orden a poder ejercitar una tercería de mejor derecho.

En definitiva, si concurre, por ejemplo, una hipoteca, un embargo anotado y un derecho de propiedad, deben aplicarse a todos las mismas reglas a la hora de determinar su rango, que son la que rigen la preferencia entre derechos reales. Tiene mejor derecho el que es primero en el tiempo, salvo el beneficio que comporta la incorporación al Registro de la Propiedad de buena fe, es decir, sin conocer la existencia de un derecho anterior (en el caso del embargo salvo que se pudiera acreditar que al ejecutante le faltaba la buena fe al solicitar el embargo y su anotación, por conocer que el verdadero propietario no es el ejecutado sino un tercero, aunque no conste su título incorporado al Registro). Este debería ser el criterio a utilizar para resolver las tercerías de dominio.

⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 708/2007, de 14 junio (RJ 2007\3516), parcialmente en la línea propuesta, da prioridad a un embargo de fecha anterior a la transmisión de la propiedad y su inscripción aunque su anotación fue posterior a ambas. En este caso, había habido una anotación anterior que caduco. El Tribunal viene a considerar que el nuevo adquirente pudo tener conocimiento del embargo anterior y no puede quedar protegido por la fe pública registral.

B) Ni tan siquiera si fuera aplicable el art. 1923.4º CC, cabría considerar que queda justificada la limitación de efectos de la anotación del embargo frente a otras incorporaciones al Registro

Sobre la postura que se mantiene, conviene realizar algunas apreciaciones finales en relación al posible alcance del art. 1923 CC, caso de que fuera aplicable para determinar los efectos que debe otorgarse a la anotación del embargo.

En primer lugar, en el ámbito del concurso, no se aplica el régimen de preferencias previstas por los arts. 1921 y ss. CC. El propio art. 1921, párrafo segundo, CC lo excluye.

En los arts. 89 y ss. LC que regulan el régimen de preferencias crediticias en el concurso, ya no se incluye el crédito que goce de un embargo anotado.

Posiblemente, lo más coherente hubiera sido excluir también del art. 1923CC la preferencia de este tipo de crédito (apartado 4º de este artículo).

Si se consideraba que no merecían una protección especial en cuanto a su preferencia crediticia dentro del concurso, lo mismo debería extenderse al ámbito general⁹.

De esta forma hubiera desaparecido la polémica que nos ocupa, que ya dura décadas, al derogarse el art. 1923.4º CC.

⁹ No es objeto de este trabajo entrar en las bondades del régimen de preferencia entre créditos. Pero, no considero del todo acertado, desde el punto de la preferencia crediticia, tratar igual al acreedor diligente que ha tramitado todo un proceso declarativo y luego ejecutivo, logrando un embargo con su correspondiente anotación, que al que se ha mantenido pasivo y no ha activado la recuperación de su crédito en vía judicial, aunque reconozco que puede ser una cuestión que merezca una más detenida reflexión. De todas formas, no me vale el simple argumento de que no se puede primar al que más corra yendo al pleito. Si se obtiene un embargo anotado es porque se tenía un crédito legítimo y reclamable digno de tutela judicial efectiva. La diligencia en ejercerlo no tiene porque no merecer premio, incluso en orden a la preferencia entre créditos.

De forma parecida, en caso de doble venta, se premia al adquirente más diligente que antes se incorpora al Registro de la Propiedad y nadie se cuestiona este régimen (art. 1473 CC).

Otra cosa es como encajamos las dilaciones en la tramitación de los procesos en general y las diferencias notables en la duración de la tramitación entre distintos tribunales. Pero, estamos en otro ámbito, más propio de la responsabilidad de la Administración de Justicia que de razones concluyentes para excluir premiar al acreedor más diligente.

Y si cree conveniente dar al embargo anotado un trato claramente discriminatorio respecto a otros derechos y cargas reales, que se diga con todas las letras en la correspondiente reforma legislativa al efecto para que no haya dudas al respecto.

En segundo lugar, hay que señalar que la propia dicción del art. 1923.4º CC no es clara. ¿Cómo debe interpretarse la expresión “*sólo en cuanto a créditos posteriores*”? Se puede interpretar como posterior a la anotación, al propio crédito cuyo embargo se ha anotado o, incluso, como créditos que no acceden al Registro o que lo hacen con posterioridad al que recoge el embargo anotado.

La última de las interpretaciones es la que más cuadraría con la postura que se está manteniendo.

De aceptarse, no habría la diferencia entre el régimen de preferencia entre créditos y cargas analizado a lo largo de este apartado y del anterior.

El crédito con embargo anotado gozaría de preferencia crediticia sobre todos los créditos no incorporados al registro o respecto a los que lo hicieran después de su anotación (esencialmente, deberían serlo a través de una anotación o una hipoteca).

Desde el punto de vista del rango entre derechos reales y cargas (derecho de propiedad, hipoteca, etc.), el embargo anotado gozaría de preferencia frente a cualquier otro derecho real o carga no inscrito o inscrito con posterioridad a la anotación.

En ambos casos, se daría el mismo efecto en cuanto a su rango de preferencia. Primaría siempre el que se hubiera incorporado al Registro y, en caso de haberlo conseguido ambos, el que primero lo hubiera hecho. La remisión del art. 44 al art. 1923.4º CC ya no comportaría problema alguno, incluso si se pretendiera seguir utilizando para fijar el rango entre derechos y cargas reales, lo que seguiría siendo improcedente.

Con todo, hay que reconocer que quizás esta interpretación pueda ser la que más se aparte de la literalidad del texto del art. 1923.4º CC. Pero, en su favor, goza, también, del beneficio de dar una mayor coherencia al régimen de preferencia y prelación de créditos previsto en el CC.

Si dos créditos son preferentes según los arts. 1922 a 1924 CC, estos artículos no sirven para determinar cuál prima sobre el otro. Para ello, hay que acudir a las normas de prelación entre créditos preferentes reguladas en los arts. 1926 y ss. CC.

El art. 1927.2ª CC establece la prelación entre créditos preferentes que lo son porque han logrado incorporarse al Registro de la Propiedad (hipotecas, embargos anotados, etc.).

Este artículo dispone que, entre ellos, hay que aplicar el puro y estricto orden de incorporación al Registro para determinar su orden de preferencia crediticia. Tiene prelación el que antes se haya incorporado al Registro.

Esta norma ya nos deja ver que no es tan descabellado mantener lo que se viene sosteniendo en cuanto a la interpretación del art. 1923.4º CC. A los efectos del art. 1927.2ª CC no cuenta para nada cuando han nacido los créditos que se comparan. Lo único relevante es la fecha en que acceden al Registro.

Pero, es que, además, es la única manera de aplicar el art. 1923.4º CC y el art. 1927.2ª, sin que haya disfunciones¹⁰.

Un ejemplo puede ser lo más ilustrativo. Si nos inclinamos por la interpretación mayoritaria que entiende que, según el art. 1923.4º CC, un crédito con embargo anotado no tiene preferencia frente a un crédito que sea anterior a la anotación, se puede dar una extraña situación como la que sigue.

Partamos de la existencia de tres créditos con sus correspondientes ejecuciones abiertas que afecta a un único bien inmueble.

El primero goza de una anotación anterior en el tiempo a los otros dos.

¹⁰ Cuando los arts. 1921 y ss. CC se utilizaban, también, para fijar las preferencias en el concurso de acreedores, es decir, antes de la entrada en vigor de la actual Ley Concursal del 2003, el ejemplo que sigue, producía en ese ámbito una situación circular de imposible resolución. Sobre el particular puede verse mi trabajo, *“El procedimiento de apremio”*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, págs. 385 y ss.

El segundo es un crédito hipotecario constituido e inscrito con posterioridad al primero.

El tercero es un crédito que dispone de anotación posterior a las inscripciones de los otros dos. Pero, es un crédito recogido en escritura pública de fecha anterior a los dos primeros.

Si atendemos exclusivamente a las cargas “reales” que protegen a los tres créditos, el cobro de la deuda debe realizarse en el orden en que los créditos han logrado verse reflejados en el Registro. Lo normal es que se realice el apremio en el que goza de la primera anotación y, si hay sobrante, en la mismo apremio iniciado, se cubra después el crédito hipotecario, por estar inscrito a continuación y finalmente el crédito que se anotó detrás de los dos anteriores (art. 672.1 LEC).

Pero, acudiendo a las correspondientes tercerías de mejor derecho, todo lo anterior, se puede alterar. El crédito que tiene la última anotación, puede formular tercería de mejor derecho respecto al primero anotado. Al ser anterior en el tiempo al primero y, por tanto, también, a su anotación, no le afecta la preferencia relativa a la anotación de que dispone el primer crédito anotado (art. 1923.4º CC). Sin embargo, como goza de una preferencia general por constar en escritura pública (art. 1924.3º.A CC), puede usarla para hacer prosperar una tercería de mejor derecho ante el primer crédito¹¹.

De esta forma, el orden de pago se altera. Con lo que se obtenga con la primera ejecución cobrará primero el último crédito anotado. Si hay sobrante, se satisface después el primer crédito anotado que es donde se celebrará la subasta y, finalmente, si aún queda remanente el crédito hipotecario a través del sobrante restante (arts. 620.1 y 672.1 LEC).

Ante esta situación, el acreedor hipotecario puede jugar también sus bazas para volver a alterar el orden de satisfacción de los créditos en juego.

¹¹ La sentencia que ampara al anotado en primer lugar debería ser posterior a la escritura para que tenga preferencia el crédito anotado en último lugar, presupuesto del que se parte en el ejemplo. El crédito recogido en sentencia tiene una preferencia general equivalente al recogido en escritura pública, Prima el que se vea reflejado en documento público más antiguo ya sea la escritura o la sentencia (art. 1924.3º, último párrafo CC).

No puede interponer una tercería de mejor derecho ante el crédito que goza de la primera anotación. Es posterior a este tanto en cuanto a su constitución como en cuanto a su incorporación al Registro. El crédito que goza de la primera anotación tiene preferencia y prelación frente a él (art. 1923.4º y 1927.2ª CC).

Lo que puede hacer es interponer una tercería de mejor derecho en el procedimiento del último crédito anotado. Respecto a este crédito tiene preferencia y prelación.

El crédito hipotecario es preferente por ser una crédito hipotecario inscrito (art. 1923.3º CC) y, además, tiene prelación frente al último crédito anotado por ser anterior su inscripción (art. 1927.2ª CC).

La circunstancia de que el crédito que tiene la última anotación este recogido en una escritura gozando de una preferencia general (art. 1924.3.A CC), no le afecta al hipotecario. El crédito hipotecario tiene un privilegio especial sobre lo que se obtenga de la finca a ejecutar (art. 1927, primer párrafo CC) que prima sobre los que tengan preferencia general sobre cualquier bien que otorga el art. 1924.3º.A CC.

De esta forma, vuelve a alterarse el orden de satisfacción de los créditos.

El crédito hipotecario solicitará en el procedimiento donde ha ganado la tercería que se oficie al procedimiento de la primera anotación para que remita el importe que se le haya de entregar al que allí ha ganado la tercería (el anotado en último lugar) y con esos fondos se cubrirá primero el crédito hipotecario y luego si hay sobrante el crédito de ese proceso, es decir, el que tiene la última anotación.

Por su parte, en el procedimiento del primero que ha anotado, una vez remitidos los fondos citados, si hay sobrante se cubrirá la deuda del ejecutante en ese procedimiento, es decir, del crédito anotado en primer lugar.

Como puede apreciarse todo esto da lugar a una gran complejidad¹² que no se produciría simplemente interpretando que el art. 1923.4º CC lo que dispone es que la preferencia del crédito anotado lo sea sobre todos los que no se hayan anotado o que lo hayan hecho con posterioridad a su anotación.

Con esta interpretación coincide el orden de satisfacción de los créditos con lo que se obtenga en el apremio, ya sea atendiendo a las cargas "reales" (anotaciones, hipotecas u otros derechos reales), ya sea atendiendo a la preferencia y prelación entre créditos previstas en los arts. 1921 y ss. CC. En ambos casos, hay que satisfacerlos de acuerdo con el orden de su incorporación al Registro, sin más.

Se evita incidentes en las ejecuciones y alterar lo que en la actualidad es posiblemente la opción interpretativa que socialmente sería más aceptable (art. 3.1 CC): Tiene preferencia desde el punto de vista "real" y, también, desde el punto de vista crediticio el acreedor más diligente que antes consigue su incorporación al Registro.

C) El art. 34 LH no excluye de su protección al embargo anotado

La Sentencia del Tribunal Supremo citada en el apartado anterior como recopilatorio de la postura mayoritaria en cuanto a los efectos de la anotación del embargo, señala como argumento adicional a favor de su tesis, además de la cita de los art. 44 LH y 1923 CC, que el acreedor embargante no goza de la protección del art. 34 de la Ley Hipotecaria.

¹² No entramos en un análisis pormenorizado de en otras posibles alternativas que aún podrían complicar más la situación. Por ejemplo, que el acreedor hipotecario intentara hacer valer su preferencia y prelación en la ejecución del primer crédito anotado mediante una tercería. Esta tercería no sería frente al crédito que ha dado origen a la ejecución. Sería frente al crédito que ha ganado la tercería de mejor derecho. Podría aducir que el verdadero ejecutante o, todo caso, el ejecutante preferente, es ahora el tercerista que ha vencido y que cabe formular tercería contra él.

También, el acreedor hipotecario podría cuestionar el reparto del sobrante. Podría intentar alegar, dada la situación, que la suma que consta en el Registro respecto a la primera anotación es la única que le afecta. Por tanto, una vez superado ese límite, ya se entregara al tercerista o al ejecutante originario del procedimiento, el resto debería considerarse remanente y entregarlo a los titulares de cargas posteriores por su orden, siendo la hipoteca la que debería recibirlo con preferencia a la tercera anotación.

Los arts. 32, 34 y 37 LH, se consideran en la Sentencia del Tribunal Supremo citada como inaplicables a los casos de embargos anotados. Pero, estas normas no hacen manifestación expresa y concluyente en cuanto a la exclusión de las anotaciones de embargo respecto a la protección que ofrecen¹³.

Si se acepta que el embargo puede considerarse asimilado a un derecho real y que la adquisición a "*título oneroso*" del "*derecho de persona con facultades para transmitir*" puede ser equivalente al otorgamiento del derecho por una resolución judicial, como ocurre con la resolución que acuerda el embargo (art. 587.1 LEC), desaparecen los inconvenientes para que se apliquen estas normas a los embargos anotados.

Se puede mantener que una anotación de embargo protege al embargo con los mismos límites fijados por estas normas hipotecarias para cualquier otro derecho inscrito.

Se confirma que la presunta excepción respecto a que la anotación de embargo no protege frente a terceros titulares anteriores aunque no estén inscritos, sólo se ampara en el art. 44 LH y 1923 CC antes comentados, con los problemas para sostenerla ya expuesto.

Por otra parte, no se entiende porqué a la hipoteca se deben aplicar las salvaguardas recogidas en estos artículos (arts. 32, 34 y 37 LH) y el embargo anotado debe ser de peor condición.

Si el deudor propietario de un inmueble concede una hipoteca y esta se inscribe, el acreedor hipotecario queda protegido tanto frente a titulares de derechos reales anteriores como posteriores a la hipoteca que no estén inscritos, salvo que el acreedor hipotecario hubiera podido conocer razonablemente la existencia de los derechos anteriores. Lo mismo debería suceder con el embargo anotado.

¹³ Sobre la posible aplicación de régimen de estos artículos a la anotación de embargo, puede verse más ampliamente, mi trabajo, *El procedimiento de apremio*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, págs. 366 y ss. En las págs. 360 y ss. puede verse un análisis bastante detallado sobre los todos argumentos en pro y contra respecto a otorgar a la anotación de embargo una protección registral limitada. Pese a los años transcurridos, en su mayor parte, aún es aprovechable.

Finalmente, la propia Sentencia del Tribunal Supremo citada como referencia en cuanto recoge la doctrina mayoritaria en cuanto a los efectos de la anotación del embargo, pone de manifiesto la contradicción que produce el actual redactado del art. 175,2 RH con esta postura mayoritaria. Esta norma permite la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la anotación de embargo cuando se produce la venta judicial. No salvaguarda a aquellas cuyo título fuera de fecha anterior a la anotación.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria recogida en dicha Sentencia del Tribunal Supremo citada, lo intenta salvar alegando que, diga lo que diga este artículo 175.2 RH no desmerece su postura. Considera que es una norma reglamentaria de rango inferior. Los derechos constituidos con anterioridad a la anotación son preferentes estén o no inscritos, al amparo del art. 44 LH y el art. 1923 CC que son normas de mayor rango y, por tanto, de aplicación preferente en caso de incurrir en contradicción ambos cuerpos normativos.

Pero, su argumentación es cuestionable. El art. 674, párrafo segundo, LEC regula la cancelación de cargas en el apremio. Ordena que se cancelen todas las inscripciones y anotaciones posteriores, sin distinguir ni salvaguardar a las que deriven de títulos anteriores a la anotación. Esta norma ya tiene rango de ley y es de fecha reciente. Es posterior y especial para el caso. Por tanto, de aplicación preferente al art. 44 LH y al art. 1923.4º CC (art. 2.2 CC).

En este mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), Resolución de 3 marzo 2011 (RJ\2011\3577), considera que hay que cancelar todos los derechos reales inscritos con posterioridad a la anotación, sea cual sea la fecha de constitución del derecho que incorporan al Registro. Si tiene alguna preferencia crediticia, lo que procede es que ejerciten la correspondiente tercería de mejor derecho, pero no incidirá en la cancelación de todas las cargas posteriores:

“De manera que si tal preferencia no se hace valer por el cauce adecuado –que será la correspondiente tercería de mejor derecho– la ejecución de los gravámenes anteriores determinará, conforme a los principios registrales de prioridad y legitimación (artículos 17 y 38 de la Ley Hipotecaria), la cancelación de toda carga posterior. Así, el artículo 175 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642) determina, para todo procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles en los que se enajene

judicialmente una finca o derecho, que –lógicamente en caso de no ejercitarse oportunamente la correspondiente tercería de mejor derecho– se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta”.

La postura que se defiende, también, viene avalada por el art. 594.1 LEC. Dispone que aunque el embargo se haya trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado, será eficaz si el verdadero titular no ejercita la correspondiente tercería de dominio. Señala, también, que una vez el rematante o adjudicatario en el apremio los haya adquirido de forma irreivindicable, es decir, cuando haya inscrito su título en el Registro, no podrá ya recobrarlos. Todo ello, según el art. 594.2 LEC, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto frente al ejecutado o, incluso frente al ejecutante, si era conocedor de que se estaba ejecutando un bien que no pertenecía al ejecutado. Se establece en esta misma norma, la salvaguarda, para casos extremos, de la posibilidad de solicitar la nulidad de la enajenación, dentro o fuera de la propia ejecución, cuando el carácter irreivindicable de la adquisición sea una mera ficción (por ejemplo, nulidad absoluta de la venta por confabulación del ejecutado, ejecutante e incluso el rematante a fin de defraudar al legítimo titular del bien a través de la instrumentalización ilegítima de un proceso de ejecución)¹⁴.

Son otras muestras de que al embargo y a su anotación se le aplica las reglas propias de un derecho real cualquiera, en casos similares.

D) Pese a las apariencias, el art. 595 LEC no contempla que pueda ejercitarse y prosperar una tercería de dominio simplemente con un título anterior a la anotación del embargo

Adicionalmente a los argumentos suscitados por la Sentencia del Tribunal Supremo citada en el anterior apartado, merece ser analizado algún otro alegato en favor de la eficacia limitada de la anotación de embargo.

¹⁴ Sobre las distintas interpretaciones sobre el alcance del art. 594 LEC, entre otros, puede verse CACHÓN CADENAS, Manuel, en su comentario al art. 594 LEC en la obra colectiva dirigida por LORCA NAVARRETE, Antonio María, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2000, T. III, págs. 2954 y ss.

Especialmente, merece atención el que se sustenta en la redacción del art. 595 LEC. Se ha apuntado a favor de la eficacia limitada de la anotación de embargo que el art. 595 LEC permite interponer tercería de dominio sin exigir que el título que se esgrime esté inscrito. De ahí, se entiende que la anotación del embargo es inocua ante un título anterior aunque no esté inscrito¹⁵.

Este argumento, aunque interesante, entendemos que puede ser puesto en cuestión.

El art. 595.1 LEC señala que se puede interponer tercería de dominio por propietario distinto del ejecutado que lo sea con anterioridad al embargo. En su lectura literal no hay nada que objetar. Si hay que comparar un derecho real no inscrito con un embargo no anotado, prima el que sea anterior en el tiempo. Es la regla común para determinar la preferencia entre derechos reales.

Pero, no puede extenderse lo que dice este artículo a los casos en que la preferencia hay que determinarla entre un derecho real y un embargo, cuando cualquiera de ellos o los dos se hayan incorporado al Registro de la Propiedad. A ese caso, no se refiere expresamente el art. 595.1 LEC.

En ese supuesto, hay que matizar la regla de anterior en el tiempo preferente en el derecho recogida en el art. 595.1 LEC con la protección que otorga el Registro.

Se debe dar preferencia al que primero se haya incorporado al Registro, siempre que sea de buena fe, es decir, que el titular del derecho real desconociera la existencia del embargo o viceversa que el embargante no tuviera conocimiento del derecho real con el que compite por la preferencia en rango.

Avala la anterior interpretación la circunstancia de que la doctrina más reputada sostiene que la anotación no es constitutiva para la existencia y eficacia

¹⁵ Puede verse un estudio detallado de las distintas posturas en relación a los efectos de la anotación del embargo, que incluye, también, este último argumento, en CACHÓN CADENAS, Manuel, en su comentario al art. 629 LEC en la obra colectiva dirigida por LORCA NAVARRETE, Antonio María, *"Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil"*, Lex Nova, Valladolid, 2000, T. III, pág. 3234.

del embargo¹⁶. Por ello, cuando el art. 595.1 LEC se refiere sólo al embargo, sin mencionar la anotación, no se tiene que hacer una interpretación extensiva que la incluya. El régimen para derechos reales inscritos y asimilados como el embargo anotado es otro y a él debe acudir para determinar la preferencia.

La misma doctrina que pretende sostener la limitación de efectos de la anotación del embargo al amparo del art. 595.1 LEC, no cuestiona que si se ha de comparar la preferencia de un embargo no anotado frente a un derecho real que tampoco lo está, debe primar el que tenga mayor antigüedad, como se ha puesto de relieve antes en este trabajo.

Así pues, si se aplican las reglas referentes a los derechos reales cuando hay que determinar la preferencia entre un embargo y otro derecho real, en caso de que ambos vivan fuera del Registro de la Propiedad, es razonable que, también, se apliquen las reglas ordinarias que determinan la preferencia entre derechos reales inscritos, cuando se tuviera de determinar la preferencia entre un derecho real y un embargo, si uno o ambos se han incorporado al Registro de la Propiedad. En ambos casos, se trata de comparar el rango de un mismo tipo de derechos aplicando las normas que en cada caso le son más propias a las dos distintas circunstancias a valorar (sin incorporación al Registro o con ella).

Incluso, el art. 595.2 LEC podría servir para apuntalar la tesis que se pretende defender. Como excepción a lo dispuesto en el art. 595.1 LEC, en el art. 595.2 LEC, abre la puerta a que se pueda interponer tercería de dominio en otros casos distintos al estrictamente previsto en el art. 595.1 LEC.

Esto es, cuando una disposición legal expresa permita oponerse a un embargo anterior cuando se pretende formular la tercería de dominio.

Uno de los supuestos que podrían encajar en este precepto es el del derecho real posterior al embargo que se haya inscrito antes de que el embargo se haya anotado, desconociendo su titular la existencia de esta carga judicial.

¹⁶ Véase, por todos, CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús, *“El embargo”*, Librería Bosch, Barcelona, 1991, págs. 55 y ss.

Se ampararía su preferencia en la Ley Hipotecaria. Sería posible interponer tercería de dominio al amparo de los arts. 32 y 34 LH aunque el embargo sea anterior, si el derecho real posterior se ha inscrito en tales condiciones que merece la protección registral.

El art. 595.2 LEC pone de manifiesto que el art. 595.1 LEC no contempla necesariamente todos los casos en que hay que decidir entre derechos reales y embargo en una tercería de dominio. Cuando alguno de ellos está incorporado al Registro, hay que aplicar las reglas de preferencia propias al Registro de la Propiedad recogidas en la normativa hipotecaria, como se desprende del art. 595.2 LEC.

VI. PARA FINALIZAR

A tenor de todo lo expuesto, vuelvo a insistir en que hay que revisar la interpretación que sostiene que el embargo anotado debe merecer un trato peor a una hipoteca como garantía de un crédito.

No se entra ya en otras cuestiones relacionadas, como si está justificada la mayor preferencia crediticia de la hipoteca frente a la que otorga una anotación de embargo, por haber cubierto con exceso el número de páginas prudente para un trabajo como este.

Hay que ser comedido, incluso, por los costes de publicación de la obra en que participamos. Hoy en día, es reducida la distribución que tienen los libros de derecho, sino están ligados a la más rabiosa actualidad aunque sea percedera u ofrecen "útiles" formularios.

Pero, con lo dicho es suficiente para defender mi tesis e intentar suscitar la reflexión del lector y, en su caso, reavivar una polémica que nos ayude a todos a avanzar.

SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

José Garberí Llobregat

Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Castilla-La Mancha)

Ex-Letrado del Tribunal Constitucional

Sumario: I. EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL: CONCEPTO Y REGULACIÓN. II. CLASES DE RECURSOS DE AMPARO. III. PRESUPUESTOS PROCESALES DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE AMPARO. 1. Presupuestos procesales del órgano judicial. A) Jurisdicción. B) Competencia. 2. Presupuestos procesales de la actividad. A) Procedimiento adecuado. B) Agotamiento de la vía judicial previa. C) La exigencia de "conducción procesal" (*Prozeßführungsbefugnis*). D) Plazo de caducidad. E) Denuncia formal del derecho vulnerado. F) Defecto legal en el modo de proponer la demanda: art. 49.1 y 4 y 50.4 LOTC. IV. PRESUPUESTOS MATERIALES DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE AMPARO.

I. EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL: CONCEPTO Y REGULACIÓN

El art. 53.2 CE instauró el recurso de amparo ante el TC, como proceso constitucional para canalizar la tutela de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 a 29, y 30.2 CE (v. art. 41.1 LOTC). Este extraordinario instrumento procesal se encuentra regulado en los arts. 159 a 165 CE y en los arts. 41-58 LOTC (ampliamente reformada esta última por la L.O. 6/2007, de 24 de mayo).

El recurso de amparo es un medio de impugnación, subsidiario, dirigido frente a actuaciones de los poderes públicos a las que se imputa la lesión de los derechos fundamentales, y del que conoce en exclusiva el Tribunal Constitucional.

A) *Medio de impugnación*, porque, salvedad hecha de los amparos directos del art. 42 LOTC, se dirige generalmente frente a una previa resolución judicial, cuya anulación se pretende; también porque en la vía de amparo es posible lograr la suspensión de

la ejecutividad de la resolución judicial impugnada; y porque, asimismo, el recurso de amparo suele fundamentarse en motivos de impugnación estrictamente jurídicos que evidencien la inconstitucionalidad de la resolución recurrida (las lesiones a los derechos fundamentales), y no en hechos sobrevenidos a la firmeza de la resolución que evidencien su injusticia (como es lo usual en las "acciones autónomas de impugnación").

B) *Subsidiario* (arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC), porque, salvedad hecha de los amparos directos del art. 42 LOTC, antes de interponer el recurso de amparo ha de agotarse la *vía judicial procedente* (en el caso del art. 43 LOTC), o *todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial* (en el caso del art. 44 LOTC).

C) *Dirigido contra actuaciones de los poderes públicos*, ya que, según el art. 41.2 LOTC, el amparo se dirige frente a "*disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios y agentes*".

Sin embargo, dado su carácter subsidiario, la demanda de amparo suele dirigirse en la generalidad de los casos, frente a la resolución judicial que no ha preservado o restablecido la lesión invocada ante los tribunales ordinarios (salvedad hecha de los amparos directos del art. 42 LOTC).

Sin embargo, no cabe el amparo contra leyes, ni tampoco el dirigido estrictamente frente a actuaciones de los particulares, las cuales han de ser ratificadas por los tribunales antes de poder acceder a la vía del amparo constitucional (teoría de la *Drittwirkung*).

D) *Por la lesión de los derechos fundamentales* (art. 41.2 LOTC), quedando, pues, totalmente excluidas del ámbito del recurso cualesquiera infracciones de la legalidad ordinaria, o de cualesquiera otros preceptos constitucionales distintos a los reguladores de los derechos fundamentales (arts. 14 a 29, y 30.2 CE).

E) *Del que conoce en exclusiva el TC*, al que, en la línea de algunos otros TTCC europeos (vgr. el alemán o el austriaco), y a diferencia de otros (vgr. el italiano o el francés), no sólo se confiere el control de constitucionalidad de las leyes, sino también la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

II. CLASES DE RECURSOS DE AMPARO

La LOTC regula, en realidad, tres diferentes tipos de recurso de amparo, en función de cuál sea el poder público al que se imputa la lesión de los derechos fundamentales:

A) *Amparos contra actos del poder legislativo*, regulados en el art. 42 LOTC, y a través del cual cabe impugnar las "*decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos*"; no, por tanto, las normas con rango de ley.

Su mayor singularidad es la de ser un amparo directo, pero es muy escasamente utilizado en la práctica (ejemplo: STC 119/1990, de 21 de junio).

B) *Amparos contra actos del poder ejecutivo*, regulados en el art. 43 LOTC, y a través del cual cabe impugnar las "*disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes*"; es subsidiario porque, antes de su interposición, hay que agotar "*la vía judicial procedente*" que, en virtud de los arts. 9.4 LOPJ y 1 LJCA, es la del "recurso contencioso-administrativo"; ello hará que la demanda de amparo, en realidad, no se dirija frente a la actuación administrativa que se estima lesiva de los derechos fundamentales, sino contra la resolución judicial que, sin satisfacer la pretensión del recurrente, ponga término a dicha "vía judicial procedente".

C) *Amparos contra actos del poder judicial*, regulados en el art. 44 LOTC, a través del cual cabe impugnar las violaciones de derechos fundamentales "*que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial*" (porque si su origen es la queja no satisfecha judicialmente dirigida frente a una actuación administrativa, el amparo no será éste sino el del art. 43 LOTC); es también subsidiario porque antes de su interposición hay que agotar "*todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial*".

III. PRESUPUESTOS PROCESALES DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE AMPARO

1. Presupuestos procesales del órgano judicial

A) *Jurisdicción*

La jurisdicción del TC se la otorgan los arts. 161.1 CE y 1.2 LOTC, y su alegación en la demanda no es imprescindible porque, al ser un órgano único para todo el territorio nacional, toda falta de competencia presupone igualmente imposibilidad de ejercitar la jurisdicción.

¿El TC es un órgano político o jurisdiccional? Pese a que la elección de sus miembros no responde al tradicional sistema de acceso a la Carrera Judicial (el concurso-oposición), pues son elegidos por Congreso (4), Senado (4), Gobierno (2) y CGPJ (2), *es un verdadero órgano jurisdiccional*: a) Porque sus miembros, una vez elegidos, gozan de un estricto estatuto que garantiza su plena independencia e inamovilidad; b) Porque sus resoluciones no pueden fundamentarse en criterios políticos o de oportunidad, sino en motivos estrictamente jurídicos y, en concreto, en la propia Constitución, a la que están sometidos los Magistrados del TC; y c) Porque sus resoluciones pueden anular las resoluciones de los tribunales del Poder Judicial, produciendo la totalidad de los efectos de la cosa juzgada material.

B) *Competencia*

Los arts. 161.1.b) CE y 2.1.b) LOTC establecen las competencias del TC; entre otras muchas, el Tribunal Constitucional conocerá *"del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el art. 53.2 de la Constitución"*.

El *Pleno* del TC puede llegar a resolver recursos de amparo [art. 10.1.n) LOTC: asuntos que recabe para sí, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados; art. 13 LOTC: cuando una Sala quiera apartarse de la doctrina constitucional precedente], pero lo normal es que de ello se ocupen las *Salas* (art. 11 LOTC).

Las *Secciones* son las encargadas de admitir o no las demandas de amparo (lo harán las Salas si la decisión de la Sección no es unánime: art. 50.2 LOTC), e incluso pueden llegar a dictar sentencia sobre algunos recursos de amparo

(art. 52.2 LOTC: los que las Salas les remitan por existir doctrina constitucional consolidada para la resolución de los mismos) (v. art. 48 LOTC).

2. Presupuestos procesales de la actividad

A) Procedimiento adecuado

No existen problemas de inadecuación de procedimiento, porque para tramitar el amparo única y exclusivamente existe el procedimiento que regula la propia LOTC (arts. 49 y ss. LOTC).

B) Agotamiento de la vía judicial previa

En los amparos del art. 42 LOTC es inexigible, porque se trate de un recurso de amparo directo. Pero, si para que el acto impugnado adquiriera firmeza hay que agotar alguna vía parlamentaria interna, la jurisprudencia constitucional ha exigido su agotamiento con carácter previo a la interposición del amparo (SSTC 27/2000, 20/2008).

En los amparos del art. 43 LOTC hay que agotar la "*vía judicial procedente*" (art. 43.1 LOTC): arts. 9.4 LOPJ y 1 LJCA: "*recurso contencioso-administrativo*", bien el ordinario, o bien el especial de protección de los derechos fundamentales regulado en la propia LJCA (arts. 114-122).

En los amparos del art. 44 LOTC hay que agotar los "*medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial*" [art. 44.2.a) LOTC]:

- Sólo hay que agotar los que sean útiles para lograr el restablecimiento de la lesión constitucional (generalmente la apelación, en ocasiones también la casación, y en algunos casos concretos las acciones de rescisión de sentencias dictadas en rebeldía –para combatir la indefensión por rebeldía involuntaria– o los recursos de casación para la unificación de doctrina –para combatir la desigualdad en la aplicación judicial del Derecho, lesiva del art. 14 CE–). Si se agotan los inútiles (o manifiestamente improcedentes), se produce entonces una prolongación artificial del plazo para interponer el recurso de amparo, que lo convierte en inadmisibile.

- Por “medios de impugnación” hay que entender también cualquier otro mecanismo procesal (vgr. el incidente de nulidad de actuaciones, en los casos del art. 241.1 LOPJ, la acción de complemento de resoluciones del art. 215.2 y 3 LEC –ATC 164/2008–).

Si el amparo se interpone antes de agotar la vía judicial previa, el recurso de amparo resulta inadmisibile por prematuro (vgr. STC 73/2008, ATC 262/2008).

En todos los casos hay que agotar la vía previa interponiendo las demandas y recursos en tiempo y forma, pues el rechazo por motivos formales de los medios a través de los cuales se agota la vía previa equivale a una falta de agotamiento de la misma (STC 53/2000, ATC 229/2008).

El fundamento de la presente exigencia es el principio de subsidiariedad (art. 53.2 CE): STC 73/2008, FJ 3º: *“responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del mismo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional”*.

C) La exigencia de “conducción procesal” (Prozeßführungsbefugnis)

El art. 46.1.b) LOTC, y en referencia errónea a la legitimación (porque ésta no se adquiere por el hecho de participar en un proceso, sino por ser titular de un derecho o interés legítimo), establece que, los amparos de los arts. 43 y 44 LOTC (los más frecuentes en la práctica), además del MF y del DP, sólo podrán interponerlos válidamente quienes *“hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente”*, se presupone que a partir de que se haya producido la lesión invocada en la demanda de amparo.

En consecuencia, quienes *no hayan sido parte en dicha vía judicial previa* no podrán acceder a la vía de amparo, entendiendo por tal expresión, no sólo quienes lo fueron, efectivamente, sino también: a) quienes, debiendo haberlo sido, no lo fueron por una omisión imputable al órgano judicial (vgr. indefensión por actos de comunicación defectuosos); b) quienes no acudieron a una vía de recurso por serles favorable la decisión impugnada, cuando en dicha vía se modifique dicha decisión en perjuicio de sus derechos fundamentales; y c) quienes no acudieron a procesos de única instancia, y en la sentencia se vulneren sus derechos fundamentales.

Este requisito no es exigible en los amparos del art. 42 LOTC.

Su fundamento es la articulación subsidiaria entre el recurso de amparo y la previa vía judicial ordinaria (art. 53.2 CE).

D) Plazo de caducidad

Su naturaleza es de "*caducidad, improrrogable y no susceptible de suspensión, y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento*" (SSTC 85/2004, 174/2007).

Su duración varía según los distintos tipos de amparo:

- Art. 42 LOTC: *tres meses*, a contar, de fecha a fecha, desde que las decisiones o actos sin valor de ley impugnados, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes.
- Art. 43.2 LOTC: *veinte días* hábiles siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.
- Art. 44.2 LOTC: *treinta días* hábiles a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial. Si se invoca la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, la demanda habrá de interponer dentro de un "plazo prudencial o razonable" desde que se denuncie la dilación en la vía judicial previa (v. STC 31/1997).

Inicio del cómputo: desde la notificación de la resolución, bien a la parte afectada, o bien al representante procesal de la parte (su Procurador), que a efectos del inicio del cómputo del plazo es indiferente (STC 197/2007).

Interrupción del plazo:

- Presentación de la demanda de amparo ante el Registro del TC (es extemporánea la demanda remitida en plazo por alguno de los sistemas de la Ley de Procedimiento Administrativo si llega al Registro del Tribunal fuera de plazo –STEDH 28.10.98, asunto Pérez de Rada–), o conforme al art. 135 LEC, en la propia sede del TC, o en el servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad (v. art. 85.2 LOTC).

- Supuestos de solicitud de designación de abogado y procurador a cargo del Tribunal, o de certificación de haber solicitado el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita (Acuerdo del TC de 18.6.96). Estos escritos (que no son demandas) sí pueden presentarse por alguno de los sistemas de la Ley de Procedimiento Administrativo que acredite la fecha de presentación (SSTC 125/1983, 287/1994).

Inadmisibilidad de prolongación artificial del plazo mediante la utilización previa de recursos manifiestamente improcedentes (SSTC 50/1990, 52/1991, entre otras muchas): hay que analizarlos caso a caso, pero, en general, puede decirse que lo son todos aquellos recursos (a) que no sirvan para restablecer la lesión constitucional, o (b) con los que se pretende obtener algo diferente a lo que a través de los mismos el ordenamiento posibilita obtener (vgr., un “recurso de aclaración” con el que se pretenda la modificación de la resolución...).

E) Denuncia formal del derecho vulnerado

Exigencia implícita en el art. 43 LOTC y explícita en el art. 44.1.c) LOTC: para que el amparo sea admisible es necesario que *“se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional, tan pronto como, una vez conocida, hubiere lugar para ello”*.

Se acordará la inadmisión por este motivo: a) Si no se denuncia la lesión en la vía previa; b) Si la denuncia se realiza defectuosamente, de forma que impida al tribunal preservarla o restablecerla; y c) Si se denuncia la lesión de derechos fundamentales diferentes a aquellos en que se fundamenta la demanda de amparo (v. STC 211/2007).

Su fundamento es el de salvaguardar la subsidiariedad del recurso de amparo (STC 211/2007).

F) Defecto legal en el modo de proponer la demanda: arts. 49.1 y 4 y 50.4 LOTC

En toda demanda de amparo *“se expondrán con claridad y condición los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado”*; además, a la demanda se acompañarán el documento que acredite la representación

que el demandante se atribuya, la resolución objeto de recurso y las correspondientes copias.

Si se incurre en algún defecto y el mismo se subsana conforme al art. 49.1 LOTC, se acordará entonces la inadmisión de la demanda de amparo. Sin embargo, el TC mantiene que el incumplimiento de la carga de fundamentación de la demanda es un requisito insubsanable (ATC 188/2008).

IV. PRESUPUESTOS MATERIALES DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE AMPARO

Además de los presupuestos procesales, cuya concurrencia condiciona la admisibilidad de la demanda de amparo, se imponen también una serie de presupuestos materiales que operan del mismo modo, es decir, como causas de inadmisión de la demanda de amparo que se examinan *in limine litis*; son las siguientes:

A) Que la lesión en que se fundamente la demanda de amparo no afecte a los derechos fundamentales [arts. 41 y 50.1.a) LOTC], es decir, la carencia de contenido constitucional de la demanda (a la que el art. 50 LOTC hacía referencia expresa antes de la reforma de la L.O. 6/2007, por plantearse en ellas controversias pertenecientes al ámbito de la legalidad ordinaria.

B) Que en la fundamentación de la demanda de amparo no se justifique “la especial trascendencia constitucional del recurso” (art. 49.1 y 4 LOTC), para cuya apreciación se atenderá *“a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”* [art. 50.1.b) y 4 LOTC] (ATC 188 y 289/2008: la carga de fundamentar este extremo pesa sobre el recurrente, y, si la incumple, la demanda de amparo será declarada inadmisibile, siendo éste además un requisito insubsanable, pese al tenor del art. 49.4 LOTC) (ATC 289/2008: *“Se trata, además, de un requisito que no cabe confundir con el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada, de modo que «la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por la resolución impugnada» (...)* *«sin que corresponda a este Tribunal reconstruir*

de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto»; también dice que es un defecto insubsanable –FJ 3º–).

La STC 155/2009, de 25 de junio, ha clarificado el presente supuesto material en el siguiente sentido:

“Ya en ocasión anterior hemos identificado como otro de los casos en que cabe apreciar que concurre en el contenido del recurso de amparo la “especial trascendencia constitucional” a la que se refiere el art. 50.1 b) LOTC cuando en él se plantee “una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina” (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 1).

Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontezca en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la

vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

ELECCIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES E INDEPENDENCIA JUDICIAL *AD EXTRA*: UN ESTUDIO COMPARADO EN AMÉRICA

María Dolores García Sánchez

Doctoranda en Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y SITUACIÓN EN ESPAÑA. 1. Aproximación conceptual. 2. La situación en España. II. ELECCIÓN DE LAS CORTES Y TRIBUNALES SUPERIORES: ESTUDIO COMPARADO EN AMÉRICA. 1. Argentina. 2. Chile. 3. El Salvador. 4. Estados Unidos. 5. México. 6. Perú. 7. Venezuela. III. REFLEXIÓN FINAL.

I. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y SITUACIÓN EN ESPAÑA

1. Aproximación conceptual

La independencia judicial se erige como un principio basilar del Estado social y democrático de Derecho, consecuencia necesaria de la separación de poderes y nota característica de la Jurisdicción frente a los demás poderes del Estado.

En efecto, tal y como apunta la profesora MARTÍN RÍOS con referencia a CASTÁN TOBEÑAS, *Se trata, pues, de una cuestión capital, vinculada a dos grandes principios esenciales en la teoría constitucional: el principio de división de poderes y el principio de la legalidad o juridicidad, encarnado en la idea del Estado de derecho*¹.

Dada su naturaleza esencial, la misma aparecerá recogida en diversos textos de carácter internacional y europeo como garantía de imparcialidad y adecuado ejercicio y defensa de los derechos ciudadanos.

¹ MARTÍN RÍOS, P. (2020). Independencia y responsabilidad disciplinaria judicial: especial mención a las “diligencias informativas” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118, pág. 80. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.118.03>

De entre ellos, dada su relevancia, cabe destacar el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece que *Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

Por su parte, a nivel europeo, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagrará, en similares términos, que *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...).*

Teniendo presente lo anterior, la primera cuestión que debemos plantearnos es qué ha de entenderse por *independencia judicial*. Acudiendo al Diccionario del Español jurídico podemos entender por tal *Uno de los principios básicos que garantizan el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, que exige que el juez no esté sometido únicamente a voluntad alguna distinta de la de la ley. La independencia está estrechamente unida a la exigencia de imparcialidad, y se garantiza principalmente con la inamovilidad de los jueces y magistrados, y con las reglas sobre abstención y recusación.*

No obstante, debemos precisar que no existe una noción única en cuanto a la misma, derivando las principales dificultades en este sentido de las diferentes dimensiones o marco de referencia que sea empleado en tal conceptualización.

A este respecto, en torno a los elementos que caracterizan la independencia judicial, son numerosos los textos y autores que destacan la dualidad del término: desde un plano objetivo y subjetivo, así como desde una perspectiva interna y externa.

En particular el *Informe sobre la independencia del sistema Judicial. Parte I: La independencia de los Jueces*, elaborado por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho –Comisión de Venecia– en marzo de 2010², apreciará meridianamente esta distinción. De acuerdo con el mismo, la independencia de la judicatura tiene tanto un *componente objetivo*, entendido como una cualidad

² Consulta online: [https://web.archive.org/web/20100625023314/http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)004-e.pdf](https://web.archive.org/web/20100625023314/http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)004-e.pdf) (fecha de consulta: 7/7/2019).

indispensable de la Judicatura en sí misma, como un *componente subjetivo*, concebido como el derecho de un individuo a que sus derechos y libertades sean determinados por un juez independiente, justificado ello por la necesidad de que los mismos puedan desarrollar plenamente su papel como guardianes de los derechos y libertades de las personas.

Asimismo, en el referido informe se hará alusión a dos aspectos de la independencia judicial que se complementan mutuamente. Por un lado, la independencia externa (o *ad extra*) en tanto que protección de los jueces frente a la influencia de otros poderes estatales, erigiéndose como un elemento esencial para garantizar la primacía de la ley –siendo esta, en concreto, la perspectiva en la que nos centraremos en nuestro estudio–; y la independencia interna (o *ad intra*), la cual asegura que las decisiones judiciales se adopten en base a la Constitución y la legalidad vigente y no en orden a las instrucciones dadas por las altas instancias judiciales.

Si bien en la sociedad actual esta independencia judicial, tanto *ad intra* como *ad extra*, resulta reiteradamente cuestionada, los asuntos que mayores suspicacias sociales despierten vendrán referidos, no obstante, a la elección de los jueces que integran los órganos judiciales superiores –la cúpula judicial– así como a la de sus órganos de gobierno, en lo que se concibe como un atisbo de politización de la Justicia, una fisura en la manifestación externa de la independencia judicial a resultas de los sujetos u órganos encargados de tal elección.

2. La situación en España

En el sentido aducido y en el plano nacional, la así concebida como una injerencia del poder legislativo en el judicial vendrá referida al nombramiento de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ)³ y del presidente del Tribunal Supremo⁴.

³ El Consejo General del Poder Judicial se configura como el órgano de gobierno del mismo conforme al artículo 122 de la CE y defensor de la independencia judicial en base al artículo 14 de la LOPJ.

⁴ https://elpais.com/internacional/2019/02/08/actualidad/1549624291_153642.html (fecha de consulta: 7/7/2019); https://www.abc.es/espana/abci-separacion-poderes-real-sin-justicia-politizada-201807010224_noticia.html (fecha de consulta: 7/7/2019); https://www.eldiario.es/politica/Consejo-Europa-Espana-Poder-Judicial_0_836066745.html (fecha de consulta: 7/7/2019).

En efecto, en tanto que órgano colegiado, el CGPJ se compone por un lado de 20 miembros, llamados vocales, nombrados por el rey y elegidos por las Cortes Generales (Congreso y Senado). Cada Cámara elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, a diez Vocales, cuatro entre juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio en su profesión y 6 correspondientes al turno judicial de entre los Jueces y Magistrados en servicio activo en la carrera judicial que presenten su candidatura, pudiendo elegir entre aportar el aval de 25 miembros de la carrera judicial en servicio activo o el aval de una Asociación judicial legalmente constituida en el momento en que se decreta la apertura del plazo de presentación de las candidaturas⁵.

Se compondrá asimismo de un presidente, que será a su vez Presidente del Tribunal Supremo, designado por el Pleno del Consejo en su sesión constitutiva, entre miembros de la Carrera Judicial con la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo y que reúnan las condiciones exigidas para ser Presidente de Sala del mismo o juristas de reconocida competencia con más de 25 años en el ejercicio de la profesión –artículo 586 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)–.

⁵ Debe tenerse presente, no obstante, que en un principio, la Constitución en su artículo 122.3 atribuía únicamente a las Cortes el nombramiento de 8 de ellos: (...) *De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado (...)*. Sin embargo, una posterior Ley Orgánica (LO 2/2001, de 28 de junio) determina que la elección de los 12 vocales entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales se lleve a cabo a propuesta del Congreso de los Diputados y el Senado, correspondiendo a cada Cámara proponer 6 vocales, por mayoría de tres quintos de sus respectivos miembros, entre los presentados a las Cámaras –hasta un máximo del triple de los doce puestos a proponer– por las asociaciones de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 por 100 de todos los que se encuentran en servicio activo –anterior artículo 112 de la LOPJ, actualmente derogado por la disposición derogatoria 1 y 2 de la LO 4/2013–. Es decir, existía una participación previa de los miembros que integran el Poder Judicial con respecto a la posterior elección por parte de las Cámaras. Bien es cierto que la decisión final recaía en las Cámaras, pero al menos, existía una criba inicial de potenciales representantes cuya elección recaía en el Poder Judicial a la hora de elegir a los miembros de sus órganos de gobierno.

No obstante, la LO 4/2013 de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, añade un nuevo Libro VIII, denominado “Del Consejo General del Poder Judicial” y derogando correlativamente el Título II, anteriormente destinado a tal cuestión, el cual establece el actual método de elección que hemos analizado *ut supra*, desapareciendo, por tanto, esta previa participación de la Judicatura en la elección de los miembros que integrarán sus órganos de gobierno.

Teniendo en cuenta esta elección de los miembros del CGPJ, –esto es, los encargados del gobierno del Poder Judicial y de velar por su independencia–, por los miembros de las Cámaras, la apreciación de una injerencia del legislativo en este otro poder estatal se hace aún más patente si acudimos a las respectivas atribuciones de este órgano. Ello se debe a que, entre las mismas, encontramos no solo la propuesta de nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ (como ya hemos visto), sino también proponer el nombramiento de Jueces, Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo, así como de dos miembros del Tribunal Constitucional en base al artículo 560 LOPJ. Asimismo, intervienen en la selección de los jueces y magistrados en la forma que la ley determine, esto es, formando parte en la elección del Presidente y de los dos magistrados que integran el tribunal que evalúa las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal (art. 304 LOPJ) e igualmente, un vocal del CGPJ integrará la Comisión de Selección, presidiéndola alternativamente con un Fiscal de Sala y teniendo el presidente voto dirimente en caso de empate (art. 305 LOPJ); también corresponde al CGPJ la propuesta previa de convocatoria para la oposición relativa al ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal (art. 306); encontrándose además bajo su dependencia la Escuela Judicial, configurada como centro de selección y formación de jueces y magistrados (art. 307). Tendrá adicionalmente atribuido el CGPJ la convocatoria y aprobación de las bases a que deben sujetarse la celebración del concurso de méritos relativos al acceso a la Carrera Judicial para la categoría de magistrados de juristas de reconocida competencia (art. 313 LOPJ) y el nombramiento del Tribunal de las pruebas selectivas para la promoción de las categorías de juez a magistrado de los órdenes jurisdiccionales civil y penal (art. 314 LOPJ).

En definitiva, a resultas de la elección de los miembros del CGPJ por parte de las Cámaras y la importante intervención de este órgano en la elección de los magistrados que integran el Tribunal Supremo, nos encontramos pues ante un supuesto que resulta percibido como una quiebra en el aspecto externo de la independencia judicial.

Siendo este el supuesto español, en las siguientes líneas analizaremos la forma de elección de los Jueces de las Cortes Supremas y Tribunales de Justicia en una serie de países americanos, a los efectos de apreciar si esta reputada injerencia entre diferentes poderes del Estado se hace igualmente patente en las jurisdicciones en cuestión, con el consiguiente compromiso de la independencia judicial *ad extra*.

II. ELECCIÓN DE LAS CORTES Y TRIBUNALES SUPERIORES: ESTUDIO COMPARADO EN AMÉRICA

1. Argentina

De conformidad con el artículo 108 de la Constitución Nacional Argentina (en adelante CN) el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia –así como por los demás tribunales inferiores que el Congreso establece en el territorio de la Nación–, siendo el más alto tribunal de la República.

Configurado como un órgano mixto dentro de los tres poderes del Estado e integrado por 5 miembros⁶, su misión reside en asegurar la supremacía de la Constitución, ser su intérprete final, custodiar los derechos y garantías que en ella se anuncian y participar en el gobierno de la República. Igualmente, como instancia final, le corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional para resolver los conflictos suscitados entre ciudadanos o entre éstos y el Estado, la interpretación y sistematización de todo el ordenamiento jurídico y el control constitucional de las normas y actos estatales⁷.

Por su parte, de acuerdo con los artículos 116 y 117 de la CN, tiene atribuido el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre los puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75; y por los tratados con las nacionales extranjeras, de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero⁸.

⁶ Ley 26.183 promulgada el 15 de diciembre de 2006, relativa a la reducción del número de Jueces que integran la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Consulta online: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123154/norma.htm> (fecha de consulta: 7/07/2019).

⁷ Consulta online: <https://www.csjn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/el-tribunal> (fecha de consulta: 9/7/2019).

⁸ En estos casos, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

En cuanto a los requisitos para ser juez de la Corte se precisa ser abogado, un mínimo de 8 años en el ejercicio de la profesión, una edad mínima de 30 años y las demás cualidades requeridas para ser senador (art. 111 CN).

Respecto a la forma de elección, de conformidad con el artículo 99.4 CN entre las atribuciones del Presidente de la Nación se encuentra el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto^{9 10}.

En otras palabras, la elección de los magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia en tanto que máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial argentino, se contempla constitucionalmente como una facultad del poder Ejecutivo.

Por su parte, de conformidad con el artículo 79 del Reglamento de Justicia Nacional, el Presidente de la Corte y el vicepresidente serán elegidos por mayoría absoluta de votos de los ministros del Tribunal y durarán 3 años en el ejercicio de sus funciones.

Es más, el presidente de la Corte integra la línea de sucesión presidencial en caso de afección y presidirá la Cámara de Senadores en los supuestos en los que la Cámara de los Diputados formule acusación en juicio político al presidente de la República.

Por otro lado, el artículo 110 de la CN consigna que los jueces de la Corte conservan su empleo en tanto que dure su buena conducta. Es decir, la provisión como miembro del máximo órgano jurisdiccional no aparece sujeta a ningún límite temporal, con la salvedad de la presidencia y vicepresidencia.

⁹ Consulta online: <https://www.csjn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/los-jueces-de-la-corte>

¹⁰ Esta facultad ha sido reglamentada por el decreto 222/03 del Poder Ejecutivo de la Nación, en el que se establecen criterios para la selección del candidato propuesto y entre los que podemos aludir la valoración de sus aptitudes morales, la idoneidad técnica y jurídica, trayectoria y compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos y el respeto en cada propuesta, en la medida de lo posible de la composición general de la Corte con la finalidad de respetar la diversidad de género, especialidad y procedencia regional.

En resumen, el más alto tribunal de la República se configura como un órgano mixto en el que la designación de sus miembros se contempla como una facultad del Ejecutivo. La independencia judicial *ad extra* quedaría pues, altamente en entredicho.

2. Chile

La Corte Suprema de Justicia se configura como el máximo tribunal dentro de los que integran el Poder Judicial chileno.

Ésta se estructura como un órgano colegiado compuesto por 21 miembros que reciben la denominación de ministros y uno de los cuales será el Presidente. Éste último es nombrado por sus pares, teniendo el cargo una duración de dos años (art. 93 del Código Orgánico de Tribunales).

Por su parte, los ministros son designados por el Presidente de la República, quien los elige de una nómina de cinco personas que en cada caso propone la Corte Suprema, y con acuerdo del Senado (art. 75 de la Constitución Política de la República de Chile y art. 263 del Código Orgánico de Tribunales). En ella deberá figurar el ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que esté en lista de méritos. Los otros cuatro lugares se llenarán conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 281¹¹ del Código Orgánico. No obstante, podrán integrar la quina abogados extraños a la Administración de Justicia elegidos por los méritos.

De estos 21 miembros, 16 han de proceder de la carrera judicial, y 5 han de ser abogados extraños a la administración de justicia, tener al menos 15 años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva (art. 75 de la Constitución Política).

¹¹ Art. 281 del Código Orgánico de Tribunales: Los funcionarios incluidos en lista Sobresaliente tendrán derecho preferente para figurar en quina o en terna frente a aquéllos que se encuentren incorporados en la lista Muy Buena, éstos preferirán a los incluidos en la lista Satisfactoria, y éstos a los incorporados a la lista Regular. Los incluidos en las otras listas no podrán figurar en quina o en terna. A igualdad de lista calificatoria, preferirán los oponentes por orden de su categoría y, a igualdad en ésta, deberá considerarse el puntaje de la última calificación y la antigüedad en el cargo, entre sus otros antecedentes.

En relación a sus funciones, corresponde a la Corte Suprema de Justicia la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, con la excepción del Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales. (art. 79 de la Constitución Política de la República de Chile), e igualmente le compete proponer a los ministros y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones, siendo designados por el Presidente de la República.

En este caso, los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento, es decir, tampoco se establece límite temporal alguno, con la salvedad del supuesto de cese al cumplir los 75 años. No obstante, es importante poner de manifiesto que, en todo caso, la Corte Suprema por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de la parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido un buen comportamiento y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso, acordará su remoción por la mayoría del total de sus componentes.

3. El Salvador

En el caso de El Salvador, el máximo órgano jurisdiccional será la Corte Suprema de Justicia, cuyos miembros –en el número que la ley determine– son elegidos por la Asamblea Legislativa, siendo uno de ellos el Presidente (art. 173 de la Constitución de la República de El Salvador). Éste será el presidente del Órgano Judicial, el cual, conforme al artículo 172 de la Constitución de la República de El Salvador se integra por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias.

La ley anteriormente referida será la Ley Orgánica Judicial de la República de El Salvador (Decreto n° 123), en cuyo artículo 2 se dispone que la Corte Suprema estará compuesta por 15 magistrados siendo uno de ellos el Presidente.

Entre las funciones de este órgano se encuentran las establecidas en el artículo 182 de la Constitución de la República de El Salvador. Detenta igualmente funciones de naturaleza constitucional al señalarse que la misma, por medio de la Sala de lo Constitucional es el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, pudiendo hacerlo a petición de cualquier

ciudadano. En relación a esta Sala de lo Constitucional, es importante destacar que está integrada por 5 Magistrados designados igualmente por la Asamblea Legislativa. Su Presidente, es elegido por la misma en cada ocasión en que corresponda elegir Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el cual será Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del órgano judicial.

La elección de sus integrantes –de entre una lista de candidatos que formará el Consejo Nacional de la Judicatura¹² en los términos que determine la ley, la mitad de la cual provendrá de los aportes de las entidades representativas de los Abogados de El Salvador y donde deberán estar representados las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico– lo será por un periodo de nueve años con posibilidad de ser reelegidos, renovándose por terceras partes cada tres años.

No obstante, podrán ser destituidos por la Asamblea Legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la ley, y tanto para la elección como para la destitución deberá contarse con el voto favorable de al menos dos tercios de los Diputados electos (art. 186).

En concreto, para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere: ser salvadoreño por nacimiento, del estado seglar, tener más de 40 años, ser abogado de la República, de moralidad y competencias notorias; haber desempeñado una Magistratura de Segunda Instancia durante seis años o una judicatura de Primera Instancia durante nueve años, o haber obtenido autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos diez años antes de su elección; gozar de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo (art. 176 de la Constitución de El Salvador).

4. Estados Unidos

La Corte Suprema será el tribunal de mayor rango existente en los Estados Unidos de América y cabeza de su Poder Judicial.

¹² De acuerdo con el artículo 187 de la Constitución de la República de El Salvador, el Consejo Nacional de la Judicatura es una institución independiente, encargada de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz, siendo sus miembros elegidos y destituidos por la Asamblea Legislativa con el voto calificado de las dos terceras partes de los Diputados electos.

Se compone de un Presidente –*Chief Justice of the United States*– y un número de Jueces Asociados –*Associate Justices*– que es fijado por el Congreso, siendo actualmente de ocho (28 U.S.C§1, *Circuit Judges Act* de 1869)¹³.

Por su parte, la potestad para nombrar a los jueces –*Justices*– corresponde al Presidente de los Estados Unidos, debiendo ser confirmados a través del “consejo y consentimiento” del Senado¹⁴.

Asimismo, atendiendo al artículo III de la Constitución Estadounidense, Sección Primera, los jueces, tanto de la Corte Suprema como de las Cortes inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta –lo cual se traduce en un servicio de por vida– y recibirán en fechas determinadas, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo.

Esta indeterminación en la duración del cargo y la remuneración aludida se contemplan como mecanismos destinados a permitir asegurar su independencia.

Los jueces designados solo pueden ser destituidos por el Congreso a través de la figura conocida como *impeachment* o “acusación formulada contra un alto cargo”. Facultad ésta que, de conformidad con el Artículo I, Segunda Sección, Cláusula Quinta, corresponde únicamente a la Cámara de Representantes (...) en los casos de responsabilidades oficiales.

Entre las funciones de la Corte se encuentra la facultad de revisión judicial y la de declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales o estatales, así como los actos de los poderes ejecutivos federales y estatales sin que sus decisiones puedan ser apeladas¹⁵. Asimismo, cuando la Corte Suprema emite un juicio sobre

¹³ Consulta online: <https://www.supremecourt.gov/about/about.aspx> (fecha de consulta: 9/7/2019).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Facultad de revisión judicial que no se confirmó hasta 1830, año en que fue invocada por John Marshall en el caso *Marbury vs Madison*, afirmándose que la responsabilidad de la Corte Suprema de dejar sin efecto una legislación anticonstitucional era una consecuencia necesaria de su deber jurado de hacer respetar la Constitución <https://www.supremecourt.gov/visiting/foreigntranslations/spanishtranslation.pdf> (fecha de consulta: 10/7/2019).

una cuestión constitucional, el mismo es prácticamente definitivo, puesto que sus decisiones solo pueden ser modificadas mediante el procedimiento de enmienda constitucional o por un nuevo fallo sobre la materia emitido por la Corte Suprema.

Conviene en este punto destacar que la Constitución americana no establece expresamente, sin embargo, los requisitos necesarios para ser juez de la Corte, a diferencia de los miembros del poder ejecutivo y legislativo para los que se establecen parámetros relativos a la nacionalidad o la edad necesaria.

5. México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se configura como el máximo Tribunal Constitucional del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación, sin que contra sus resoluciones quepa recurso alguno.

Entre sus responsabilidades figuran la defensa del orden establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mantener el equilibrio entre los distintos Poderes y ámbitos de gobierno a través de sus resoluciones judiciales y solucionar de manera definitiva, asuntos que son de gran importancia para la sociedad¹⁶.

De conformidad con el artículo 94 de la Constitución de los Estados Unidos de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de 11 Ministros y funcionará en Pleno o en Salas. Igualmente, en dicho precepto se dispone en torno a la duración de su cargo, que esta será de 15 años, pudiendo ser únicamente removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de la Constitución –relativo a la responsabilidad de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción y patrimonial del Estado–, y ello sin posibilidad de reelección salvo que se hubiese ejercido el cargo con carácter provisional o interino.

En relación a los requisitos que han de reunirse para ser Ministro de la Suprema Corte, en el siguiente artículo se recogerán los siguientes: ser ciudadano

¹⁶ Consulta online: <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-es-la-scjn> (fecha de consulta: 10/7/2019).

mexicano de nacimiento, en pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles, tener al menos 35 años cumplidos el día de la designación, así como poseer una antigüedad mínima de 10 años y título profesional de licenciado en Derecho; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que suponga pena corporal de más de un año de prisión, pero si se trata de un delito que dañe seriamente la buena fama del cargo público (como el robo o el fraude) inhabilita para el cargo cualquiera que haya sido la pena; haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación y no haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe de Gobierno del Distrito Federal, durante el año previo al día del nombramiento.

Preferentemente, el nombramiento deberá recaer entre aquellas personas que hayan servido con eficacia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.

En particular, este nombramiento se llevará a cabo por el Senado a través de una terna que le será sometida por el Presidente de la República. La designación se realizará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de 30 días. No obstante, en el supuesto de que el Senado no resolviese en dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que dentro de dicha terna designe el Presidente de la República. Designación que también le corresponderá en el supuesto de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la segunda terna sometida por el Presidente tras el rechazo de la primera (art. 96).

Por su parte, el Presidente de la Suprema Corte de la Nación será elegido cada 4 años de entre sus miembros por el Pleno, sin poder ser reelecto para el periodo inmediato posterior.

6. Perú

En el caso de Perú, la Corte Suprema de Justicia será el máximo órgano jurisdiccional cuya competencia se extiende por todo el territorio del país (art. 28 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La misma se integra por Vocales Supremos Titulares y por Vocales Supremos Provisionales que ocupan los cargos en caso de vacancia, licencia e impedimentos de sus titulares o por la creación de Salas Especializadas Transitorias.

En relación a los requisitos para ser miembro de la Corte Suprema, éstos serán los siguientes: ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de 45 años, haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante 10 años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante 15 años (art. 147 de la Constitución Política de Perú) y no estar incurso en alguna incompatibilidad establecida por la Ley. Además para los magistrados de carrera, se les exigirá haber cursado satisfactoriamente estudios de ulterior especialización judicial en la Academia de Altos estudios en Administración de Justicia o un postgrado en el extranjero en materia relacionada con la especialización escogida, y la publicación de una obra jurídica relacionada con los estudios realizados.

Los mismos permanecerán en el servicio mientras observen buena conducta e idoneidad propias de su función, asegurándose la inamovilidad de sus cargos, su independencia (estando solo sometidos a la Constitución y a la ley), así como una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía. En particular en el caso de los Vocales de la Corte Suprema se dispone que su haber ordinario será siempre igual al que perciban los Senadores o Diputados (art. 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En concreto, la Constitución Política de Perú dedicará el Capítulo VIII al Poder Judicial, disponiéndose en su artículo 144 que el Presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial. Éste, será elegido entre Vocales Supremos Titulares reunidos en Sala Plena (la cual se compone de 18 miembros¹⁷), por mayoría absoluta y por un periodo de 2 años, sin reelección. Asimismo, tendrá voto dirimente, salvo las excepciones señaladas por la ley, y su cese se producirá por la expiración del mandato, por renuncia o por las causas señaladas en el artículo 245 de la ley.

Por su parte, la Sala Plena de la Corte Suprema se configura como el órgano supremo de deliberación del Poder Judicial que decide sobre la marcha

¹⁷ Consulta online: <https://idl.org.pe/elecciones-para-la-presidencia-de-la-corte-suprema-y-de-las-cortes-superiores-de-justicia-del-pais-reformas-con-continuidad/> (fecha de consulta: 8/7/2019).

institucional del mismo y sobre todos los asuntos que no sea de competencia exclusiva de otros órganos.

No se establece específicamente la forma de elección de los miembros que integran los Vocales de la Corte Suprema de Justicia, a diferencia de los casos analizados anteriormente, sino que el ascenso o ingreso como Vocal de la Corte Suprema (primer grado de la carrera judicial) se lleva a cabo en base a un cuadro de méritos y antigüedad.

En particular, en el caso de los Vocales Supremos, es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial¹⁸ el que organiza estos cuadros (art. 219 LO)¹⁹.

En el mismo sentido, se dispone que el ingreso a la carrera judicial en cualquiera de sus grados podrá hacerse por los abogados que reúnan los requisitos establecidos en la Ley y el ascenso se realizará desde el cargo judicial desempeñado por el postulante, al inmediato superior, habiéndose derogado el artículo relativo a la propuesta para el nombramiento de magistrados por la Décima Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 26397, publicada el 7 de diciembre de 1994 (arts. 224-226).

Por su parte, de conformidad con el artículo 150 de la Constitución de Perú, el Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

No obstante, debe tenerse en cuenta que este organismo fue formalmente disuelto en 2019 (como consecuencia del caso CNM Audios en el que se mostraba a varios miembros del Consejo Nacional de la Magistratura involucrados

¹⁸ Este Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se configura como un órgano de dirección del Poder Judicial (art 72) y se integra por el Presidente del Poder Judicial, dos Vocales Supremos Titulares elegidos por la Sala Plena, un Vocal Superior Titular elegido por los Presidentes de Cortes Superiores de Justicia de la República, un Juez Titular Especializado o Mixto y un representante elegido por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados de Perú (art. 81).

¹⁹ En concreto para formular el cuadro de méritos se tomarán en consideración: la correcta y oportuna tramitación y resolución de los procesos a su cargo; la puntualidad y correcta tramitación y resolución de los procesos a su cargo; su idoneidad moral; sanciones y medidas disciplinarias; grados académicos y estudios de perfeccionamiento debidamente acreditados; publicaciones de índole jurídica; y distinciones y condecoraciones.

en actos de tráfico de influencias y corrupción –Caso de *Los cuellos blancos del Puerto*– y reemplazado por la Junta Nacional de Justicia, que asume las funciones de nombramiento, ratificación y destitución de jueces y fiscales^{20 21}.

A diferencia de la redacción original del artículo 154 de la Constitución peruana –por la Ley N 30904–, en el reformado, además de establecerse el nombramiento a los jueces y fiscales de todos los niveles a través de un previo concurso público de méritos y evaluación personal y disponerse que dichos nombramientos requieren el voto conforme de dos tercios del número legal de sus miembros, se añade que éste ha de ser “público y motivado”. No obstante, el voto no altera los resultados del concurso público de méritos (artículo 2.a de su Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia). Votación pública y motivada que, igualmente, se añade a la ratificación que de los jueces y fiscales de todos los niveles ha de hacerse cada siete años²².

²⁰ Su creación se llevó a cabo tras la aprobación de la ley de reforma constitucional y posterior ratificación en el referéndum del 9 de diciembre de 2018. En concreto, la modificación constitucional fue promulgada el 9 de enero de 2019 bajo la designación de Ley N 30904 –Ley de Reforma Constitucional sobre la Conformación y Funciones de la Junta Nacional de Justicia–, por el que se modifican los artículos 154, 155 y 156 de la Constitución Política de Perú y siendo creado oficialmente el organismo finalmente el 19 de febrero de 2019 al promulgarse la Ley N° 30916 –Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia–.

²¹ Noticias relacionada: <https://larepublica.pe/domingo/2019/07/07/audios-que-cambiaron-la-historia/>;
<https://larepublica.pe/politica/1274192-denuncian-jueces-miembros-cnm-negocian-designaciones/> (fecha de consulta: 8/7/2019);
<https://larepublica.pe/politica/1274464-repartija-cnm/> (fecha de consulta: 8/7/2019).

²² En lo que se refiere a sus integrantes, de acuerdo con el reformado artículo 155 de la Constitución Política de Perú, la Junta Nacional se conforma por 7 miembros titulares seleccionados mediante concurso público de méritos, por un periodo de 5 años y estando prohibida la reelección. Los mismos podrán ser removidos por causa grave mediante acuerdo del Congreso adoptado por el voto de los dos tercios del número legal de miembros (art. 6 de la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia).

Por último, en el reformado artículo 156 se dispondrán los requisitos para ser miembro de la Junta Nacional de Justicia, los cuales serán los siguientes: ser peruano de nacimiento; ser ciudadano en ejercicio; mayor de 45 años y menor de 75; ser abogado con experiencia profesional no menor de 25 años o haber ejercido la cátedra universitaria por no menos de 25 años o, haber ejercido la labor de investigador en materia jurídica por lo menos durante quince años; no tener sentencia condenatoria por delito doloso; y tener reconocida trayectoria procesal y solvencia e idoneidad moral.

El nombramiento de jueces y fiscales de todos los grados se regulará en los artículos 28 y ss. de la LO del Consejo Nacional a través de una convocatoria realizada por el presidente, seguida de la solicitud de los postulantes a la Junta Nacional para ser considerados candidatos y el sometimiento al concurso público de méritos²³.

Por su parte, el artículo 34 *in fine* de la LO de la Junta Nacional señala expresamente que la Junta Nacional de Justicia reunida en Pleno nombra el candidato a la plaza a la que postula de acuerdo con un estricto orden de mérito, debiendo formalizarse tal nombramiento mediante resolución debidamente motivada de la Junta Nacional de Justicia, sin que el voto altere el orden de mérito obtenido en el concurso público.

7. Venezuela

El Tribunal Supremo de Justicia es el máximo órgano judicial en Venezuela, sustituto de la Corte Suprema de Justicia desde 1999.

En este carácter, le corresponde la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Contra sus decisiones, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en cualquiera de sus Salas, no se oirá, ni admitirá acción o recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo 5.4 y 5.16 de esta ley²⁴.

²³ En concreto, el orden de este concurso de méritos será el siguiente: evaluación de conocimientos (art. 30), evaluación curricular (art. 31), estudio de caso, también denominadas pruebas de confianza (art. 32) que podrán consistir en evaluaciones especializadas relativas a la prueba patrimonial, socioeconómica y psicológica y psicométrica y entrevista personal (art. 33), tratándose de etapas cancelatorias.

²⁴ Es decir, la revisión de las sentencias dictadas por una de las Salas cuando se denuncie esencialmente la violación de principios fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación. Asimismo, podrán revisarse las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas.

Por su parte, en el artículo 255 de la Constitución de Venezuela (1999)²⁵ se dispone que el ingreso en la carrera judicial y el ascenso de los jueces se hará por concursos de oposición públicos, seleccionados por los jurados de los circuitos judiciales en la forma y condiciones establecidos en la ley.

Igualmente de conformidad con el texto constitucional, para ser magistrado del Tribunal Supremo de Justicia se requiere: tener nacionalidad venezolana por nacimiento y no poseer otra nacionalidad; ser ciudadano de reconocida honorabilidad; ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de 15 años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica; o haber sido profesor universitario en ciencia jurídica durante un mínimo de 15 años y tener la categoría de profesor titular; o ser o haber sido juez superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la que se postula, con un mínimo de 15 años de ejercicio en la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones; y cualesquiera otros requisitos establecidos por la ley.

Asimismo se establece que estos magistrados serán elegidos por un único periodo de 12 años (art. 264), pudiendo ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría cualificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado en caso de faltas graves calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el artículo 264 de la Constitución, se dispone que los Magistrados que la integran son designados por la Asamblea Nacional²⁶. En todo caso, podrán postularse candidatos ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El

²⁵ Por su parte en el artículo art. 254 de la Constitución de Venezuela se establecerá que el Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa, asignándose dentro del presupuesto general del Estado al sistema de justicia una partida anual variable que no será menor del dos por ciento del presupuesto ordinario nacional, el cual no podrá verse reducido o modificado sin autorización de la Asamblea Nacional.

²⁶ De conformidad con el artículo 186 de la Constitución venezolana, la Asamblea Nacional se integra por diputados elegidos en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional. Es decir, la elección definitiva de los magistrados que integran el órgano cabeza del poder judicial recae en definitiva en un órgano legislativo.

Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, recibida la cual, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, hará la selección definitiva.

III. REFLEXIÓN FINAL

Concebida la separación de poderes como el principio democrático que postula la división e independencia de los poderes del Estado –esto es, Ejecutivo, Legislativo y Judicial– de tal forma que las funciones propias del mismo, como manifestación de soberanía, sean ejercidas por órganos diferentes, a la vista de los supuestos anteriormente examinados, podemos apreciar que tal separación no es absoluta y que, en mayor o menor proporción existen injerencias entre los diferentes poderes estatales. En efecto, resulta posible vislumbrar evidencias de intervención del poder legislativo o ejecutivo –dependiendo del país analizado– en la selección de los miembros que integran sus máximos órganos jurisdiccionales.

Tal injerencia se articula en cada ordenamiento examinado de manera más o menos patente –siendo el caso peruano el que, a nuestro juicio y en teoría, teniendo en cuenta la forma de elección de tales magistrados y la composición de los órganos encargados de tal menester, presenta una menor intervención de otros poderes, lo cual no implica, no obstante, la inexistencia de corruptelas–. Así, en algunos supuestos se admitirá con naturalidad la selección y nombramiento de tales miembros por instancias políticas –como es el caso de EEUU, donde además no existe una Carrera Judicial– y en otros se establece que la misma corresponde a un órgano al que se le atribuye esta función –entre otras– y en cuya composición, al ser analizada, se observa la intervención de otros poderes, con lo cual, la injerencia continúa estando presente. Este último sería el caso español.

En concreto, en aras a lograr una mayor independencia, en el ámbito nacional, asociaciones de jueces tales como la Asociación Judicial Francisco de Vitoria, Jueces y Juezas para la Democracia o la Plataforma Cívica para la Independencia Judicial, instan a que la elección de los 12 vocales del CGPJ que conforme al texto constitucional han de ser elegidos *entre* jueces, sean elegidos *por* los propios

jueces, en lugar de por las Cámaras. Recordemos que entre las funciones de este órgano se encuentra la elección de los altos cargos judiciales, es decir, aquellos que conocen de los asuntos de mayor relevancia, con funciones gubernativas sobre el resto de jueces, siendo además los que resuelven los asuntos en los que el imputado ostenta un alto cargo político (Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma, cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía).

Por ello, una reforma de este cariz, no redundaría únicamente en una mayor independencia *ad extra* del Poder Judicial en su conjunto, sino que supondría igualmente un importante paso contra la corrupción política, pues en el sistema actual, los miembros de las Cámaras siguen teniendo la posibilidad de nombrar a aquellos magistrados que, en su caso, les juzgarán por los hechos realizados en el ejercicio de su cargo (arts. 56 y 57 LOPJ).

No obstante, existen voces discrepantes que tildan esta propuesta de corporativismo judicial.

Analizado lo anterior, es fácilmente entendible que esta forma de elección implique una suspicacia social y una merma de la confianza ciudadana en torno a la independencia con que tales magistrados adoptan sus resoluciones. Este extremo resulta de importancia pues, tal y como señala DIEZ PICAZO, *la percepción por parte de los ciudadanos de que sus Jueces actúan con independencia es una de las circunstancias necesarias para que asuman y aprecien los valores en que se funda el Estados de Derecho. Como suelen decir los juristas ingleses, no basta con que se haga justicia, sino que ésta debe ser vista*²⁷.

En la misma línea, tal y como recalca la profesora MARTÍN RÍOS: *Huelga remarcar la importancia que reviste la preservación de la independencia judicial, "pieza esencial de nuestro ordenamiento, como el de todo Estado de Derecho (...) de la que depende la credibilidad del sistema de justicia y, por ende, la legitimidad de las decisiones de los jueces" (Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986). La independencia del juez –principio básico de la jurisdicción en el moderno Estado*

²⁷ DIEZ PICAZO, LUIS MARÍA, "Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12. Núm. 34 enero-abril 1992, pág. 20.

constitucional– no solo es una garantía para los sujetos a su potestad, no una garantía de imparcialidad en el litigio, sino que deriva de la necesidad misma de legitimar la decisión jurisdiccional (...)»²⁸.

En otras palabras, en lo que a la independencia de los órganos judiciales se refiere, no solo es importante que los mismos *sean* independientes, sino que además lo *parezcan*, en el sentido de que tal sensación de independencia judicial resulte percibida y trasladada a la ciudadanía, siendo ello lo que permite dotar a sus resoluciones y decisiones de una verdadera legitimidad democrática.

²⁸ Vid., MARTÍN RÍOS, P., op. cit., págs. 79-80.

LA REFORMA DEL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD EN ESPAÑA: SU ADECUACIÓN A LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Regina Garcimartín Montero
Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Zaragoza)

La adecuación de la normativa civil española a la Convención de la ONU de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad se hizo efectiva a través de la Ley 8/2021 de 2 de junio¹. Aunque los cambios más notables afectan a la normativa civil la necesidad de adecuar la normativa procesal al nuevo marco legislativo material es obvia.

Mi objetivo en este trabajo no es tanto analizar de forma sistemática todas las reformas procesales que se introducen con la Ley 8/2021 sino destacar aquellas normas del proceso para la provisión de apoyos regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil en las que, a mi juicio, el legislador español consigue de manera más atinada la adecuación a los postulados de la Convención de la ONU de 2006 que es, según afirman las primeras palabras de la reforma, la finalidad de esta modificación legal.

¹ La denominación completa de la Ley es Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

I. EL RESPETO A LA VOLUNTAD Y LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El primero de los principios generales mencionados en la Convención es el de "la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones" (art. 3 a); este principio ha de encontrar su reflejo en las normas procesales. Nuestro legislador ha optado razonablemente por mantener la provisión de apoyos en manos del juez para garantizar la correcta salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad. A mi juicio, el impacto en el proceso del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad se refleja con mayor intensidad en dos de los aspectos de la reforma: la posibilidad de tramitar la provisión de apoyos como expediente de jurisdicción voluntaria y las medidas que tienden a garantizar la presencia del interesado en el proceso.

1. La posible tramitación de la provisión de apoyos como un expediente de jurisdicción voluntaria

La tramitación de la modificación de la capacidad y el nombramiento, cuando procede, de un representante de la persona con capacidad modificada se tenía que llevar a cabo necesariamente hasta la reforma a través de un proceso civil especial, que forma parte de los regulados en los arts. 748 y ss. LEC, en los cuales el poder de disposición de las partes está atenuado.

Este proceso requiere una configuración formal dual y contradictoria, lo que no siempre responde a la situación de hecho sobre la que el juez debe decidir ya que en muchas ocasiones tanto el solicitante de la modificación de capacidad como su entorno están conformes tanto con la petición de modificación como con el nombramiento de un guardador².

De ahí que una de las novedades de la nueva ley consista en la tramitación de la petición de apoyos prestados a través de la curatela como un expediente

² Ello daba lugar a la paradoja de ausencia de legitimado pasivo en el procedimiento que en la práctica se solventaba, a falta de otra solución mejor, demandando a la entidad pública que tuviera encomendada las políticas en materia de servicios sociales aunque se generara una constitución del proceso artificiosa en cuanto a las partes.

de jurisdicción voluntaria, como señala la nueva redacción del art. 756.1 LEC y los arts. 42 bis a y ss. LJV.

Esta previsión de que la petición de curador se tramite a través de un expediente de jurisdicción voluntaria favorece un trámite más sencillo en aquellos casos en que existe una voluntad conforme por parte de la persona con discapacidad y su entorno con los apoyos solicitados. En estos supuestos, el cauce procedimental previsto para el expediente permite que la decisión judicial sobre la prestación de apoyos se lleve a cabo mediante un trámite más informal y sencillo cuando no existe oposición.

Otra ventaja para la persona con discapacidad, y de manera más acusada para sus familiares, consiste en que se evita la configuración procesal y la terminología propias del proceso contencioso, que evocan la confrontación y que pueden ser un elemento disuasorio para las familias.

Sin embargo, la nueva regulación hará que sea más fácil encontrar algún tipo de discrepancia entre todos los legitimados. No olvidemos que uno de los principios inspiradores de la convención es la provisión de apoyos adecuados para cada situación; esta precisión en la respuesta de los tribunales encontrará su parangón en la concreción con la que se han de solicitar los apoyos en la demanda y esta minuciosidad que requiere el nuevo marco legal previsiblemente dará lugar a que las diferencias puedan ser más frecuentes.

Esta configuración procesal de la provisión de apoyos en un doble trámite: expediente de jurisdicción voluntaria que, si fracasa por existencia de oposición, requerirá un proceso contradictorio posterior, puede resultar perjudicial para los involucrados en el proceso puesto que alarga y encarece los trámites procesales. De modo que, aunque favorece a los supuestos en que hay acuerdo, perjudica a aquellos en los que puede haber alguna discrepancia.

Una solución atinada, en mi opinión, hubiera sido permitir a los interesados elegir procedimiento; de manera que los legitimados decidieran, en función del grado de conflictividad, escoger el trámite de jurisdicción voluntaria o el proceso contencioso. Del mismo modo, la posibilidad de convertir el trámite contencioso en voluntario y viceversa, hubiera sido una medida idónea para promover los acuerdos sin causar un serio perjuicio a los litigantes, de una manera similar a lo que ya prevé la LEC para los procesos matrimoniales.

2. Medidas para la comparecencia en el proceso del interesado en recibir los apoyos

En la nueva Ley el legislador ha introducido un trámite en la nueva redacción del art. 758.2 LEC, de acuerdo con esta norma una vez que ha transcurrido el plazo de contestación de la demanda y si el interesado en los apoyos no ha contestado se le nombrará un defensor judicial (salvo que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal) y se le dará un nuevo plazo de veinte días para que conteste.

Este nuevo trámite, que persigue un fin loable como es la participación como parte del interesado en recibir los apoyos puede implicar sin embargo una excesiva ralentización del procedimiento sin conseguir sus fines. No hay que olvidar que si a los veinte días para contestar a la demanda, se añade el tiempo que se tarde en nombrar un defensor judicial y unos nuevos 20 días para contestar a la demanda, habrán transcurrido previsiblemente varios meses sin que el desarrollo de estos trámites garantice la personación de la persona con discapacidad.

Además, es oportuno recordar que el emplazamiento del demandado está ya rodeado de una serie de garantías para lograr su localización; así como el hecho de que la presencia de la persona con discapacidad en el proceso está también asegurada por el reconocimiento judicial, que se lleva a cabo mediante una entrevista, y cuya finalidad es precisamente la de evitar que se tramite un proceso para la adopción de apoyos sin que el juez haya tenido ocasión de comprobar por sí mismo la situación en la que se encuentra el interesado.

II. LA AUDIENCIA A LOS PARIENTES Y AL PROPUESTO COMO CURADOR COMO MEDIOS PARA PROVEER EL APOYO ADECUADO

El proceso civil tiende a articular la adopción de medidas de apoyo que regula el Código Civil en los arts. 249 y ss. Estos apoyos serán de carácter personal, y la persona que preste el apoyo deberá actuar "atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera" (art. 248 CC). Resulta crucial que el apoyo lo asuma una persona física o jurídica que esté en condiciones de atender a los criterios que señala el Código Civil. En mi opinión, el acierto en la elección del curador

se verá facilitado si en los trámites procesales se articula la intervención tanto del propuesto como curador como de los familiares del interesado.

1. La participación del curador en el procedimiento

El proceso para la provisión de apoyos afecta de forma inmediata y directa al sujeto interesado en recibirlos; pero la sentencia que se dicte puede establecer que el interesado precisa la asistencia de un curador; esto implica que la sentencia contiene un pronunciamiento que de forma indirecta pero evidente establece derechos y obligaciones que afectan a un tercero procesal en calidad de curador.

En la regulación previa a la reforma, la LEC ignoraba cualquier posible participación del futuro tutor o curador. Quizá el legislador consideró que habitualmente el tutor estaría entre los parientes que han de ser oídos en el proceso; pero no cabe olvidar que la LEC obliga a oír a los parientes más próximos sin especificar (razonablemente) ni cuántos ni cuáles son estos parientes dejando esta decisión en manos del juez, con lo cual puede producirse la situación de que aun interviniendo en el proceso (como parte o como sujeto de prueba) alguno de los parientes del interesado, el tutor o curador no se encontrara entre los comparecientes. A ello había que añadir la posibilidad cada vez más frecuente de que la función de tutor o curador la asumiera una persona jurídica, en cuyo caso su participación en el proceso no estaba prevista en absoluto, pudiendo incluso darse la situación de que desconociera que el proceso se estaba llevando a cabo, teniendo noticia del pleito y de las consecuencias que implica para la institución en el momento en que se le notifica su designación como tutor o curador.

Esta imprevisión de la Ley se solventaba en ocasiones por la citación del propuesto para ser designado como tutor, ya fuera de oficio o a instancia de alguna de las partes personadas³. Esta forma de actuar tenía cobertura legal en la previsión de la LEC que permitía que fuera citada para ser oída cualquier persona que el tribunal considere oportuno (art. 759.2). A pesar de ello eran inevitables

³ GARCIMARTÍN MONTERO, R. "La designación judicial del guardador legal" en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, (Coord.: DE SALAS MURILLO, S.), Madrid, Ed. Dykinson, 2013, p. 105.

situaciones en las que personas físicas o jurídicas que eran llamadas a ser el tutor o curador conocieran su designación *a posteriori*⁴.

En su día sugerí la posibilidad de que *de lege ferenda* se articulara la presencia del curador en el proceso en los términos del art. 13 LEC; la intervención permitiría hacer valer al futuro curador sus motivos de oposición, si fuera el caso, o cualquier otra manifestación que contribuya a la mejor provisión de apoyos para el interesado⁵.

Valoro, por tanto, positivamente la nueva redacción del art. 757.3 LEC tras la reforma de 2021: “Cuando con la demanda se solicite inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquélla a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión”.

Esta nueva redacción desde luego es beneficiosa para el curador, ya que impide que pueda verse involucrado en el desempeño de esta tarea sin haber podido manifestar su opinión al respecto. Pero sin duda es una norma que también protege al interesado en los apoyos ya que se evita que reciba un apoyo personal de una persona que no desea prestarlo.

A pesar de que la nueva regulación de la LEC es un avance en la dirección correcta y sin duda mejora en este aspecto la normativa anterior, lo cierto es que sigue siendo posible que se lleve a cabo un trámite de provisión de apoyos sin dar audiencia al futuro prestador de los mismos. En este sentido conviene subrayar que la obligación del juez de dar traslado de la demanda al curador afecta únicamente al que ha sido propuesto en la demanda. Sin embargo, cabe que a lo largo del proceso se consideren otras personas para ser designadas como curador; esta situación podría darse por ejemplo cuando en la contestación a la demanda el demandado propone otro curador distinto del propuesto por el demandante. A

⁴ En el caso resuelto por la SAP de Zamora de 18 de noviembre de 2011 (JUR 2011\431872) se había nombrado en primera instancia como tutora a una Fundación la cual, como apelante, “basa su recurso en el hecho de haber sido nombrados sin ser oídos ni ser parte, e incluso habiendo manifestado por escrito su oposición a ello”; dicho recurso de apelación se interpone basando su legitimación en su calidad de tutora de la incapacitada.

⁵ GARCIMARTÍN MONTERO, R. “La designación judicial del guardador legal”, *cit.*, p. 106.

ello hay que añadir la posibilidad de que a lo largo del proceso se tomen en consideración otras personas como curadores, ya sea por considerarlo así oportuno el juez o por que tras la demanda y la contestación las partes sugieran nuevas propuestas de personas para prestar el apoyo; estas posibilidades caben en un proceso regido por el principio de oficialidad como es el caso. A estos supuestos no alcanza la obligatoriedad de dar traslado de la demanda al propuesto como curador, de ahí que debería ser el juez quien, de oficio, llevara a cabo este trámite.

2. La participación de legitimados no demandantes en el procedimiento

El art. 757.4 LEC permite la intervención de parientes en el proceso en los siguientes términos: "Las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el artículo 13". Conviene recordar que los legitimados activos son la persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o la persona que se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos.

Normalmente en el proceso interviene la persona que de hecho actúa como guardadora del interesado; sin embargo, en ocasiones esta tarea no es asumida con claridad por una persona concreta o bien puede haber ciertos intereses encontrados entre los distintos familiares. Además, aunque el legislador prevé como prueba obligatoria la de audiencia a los parientes, no establece el número ni el parentesco de quienes deben ser oídos (como he señalado en el epígrafe anterior); con lo cual cabe la posibilidad de que no todos los parientes (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos convivientes) intervengan en el proceso. El juez en función del número de estos parientes y de su cercanía con el solicitante de apoyos el juez deberá decidir quienes son llamados a declarar en el proceso.

Esta situación en relación con la prueba de audiencia a los parientes próximos (que se mantiene tras la reforma) puede dar lugar a que alguno de los familiares del solicitante de apoyos no haya sido citado en el proceso y desee manifestar su opinión en relación con la nueva situación jurídica. De ahí que la posibilidad de intervención de los familiares merece una opinión positiva. En el fondo el legislador intenta dar cabida en el proceso a cuantos intereses se puedan manifestar en torno a los apoyos requeridos por la persona con discapacidad para que el juez pueda tomar la decisión más adecuada para dicha persona.

III. EL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA

El art. 13 de la Convención de la ONU proclama la necesidad de garantizar a las personas con discapacidad el acceso efectivo a la justicia, mediante ajustes del procedimiento y en todas las etapas del proceso. Este objetivo implica ajustes que afectan a todos los procesos civiles, como ya prevé el legislador en la redacción de un nuevo art. 7 bis en el Anteproyecto, que permite adoptar en el proceso civil los ajustes necesarios.

En lo que atañe estrictamente al proceso para la provisión de apoyos parece oportuno proceder con especial cuidado a efectos de facilitar el acceso a la justicia al solicitante sin detrimento de las garantías del proceso. Al fin y al cabo, este proceso civil (o el correspondiente trámite de jurisdicción voluntaria) es necesario para que se provean legalmente los apoyos necesarios para la persona con discapacidad.

1. Las dilaciones en el procedimiento. Especial referencia a la excepción a la *perpetuatio iurisdictionis*

Una de las circunstancias que demuestran la efectividad del sistema jurídico es la ausencia de dilaciones indebidas. El proceso para la provisión de apoyos ha de llevarse a cabo en un tiempo prudencial, proporcionado a las circunstancias del caso y en el que no haya demoras injustificadas que retrasen el momento en que el interesado recibe el reconocimiento de dichos apoyos. Se hace eco de esta importante consecuencia el Preámbulo de la Ley 8/2021 que señala que las salvaguardas para el correcto ejercicio de la capacidad jurídica han de aplicarse “en el plazo más corto posible” (Apdo. I).

He señalado a lo largo de este trabajo algunas circunstancias que pueden alargar indebidamente el procedimiento, pero este inconveniente puede producirse también por la aplicación de la norma que permite modificar la competencia territorial pendiente el proceso.

El legislador de la LEC optó en el art. 756 por atribuir la competencia territorial de los procesos sobre capacidad de las personas al “juez de primera instancia del lugar en que resida la persona a que se refiera la declaración que se solicite”. Se establecía de este modo un fuero que protegía al presunto incapaz (en la

terminología de la LEC) facilitando su personación en el proceso y la práctica de la prueba preceptiva de reconocimiento judicial.

Una interpretación teleológica de la norma de competencia llevó a nuestra jurisprudencia a interpretar esta norma como una excepción de la *perpetuatio iurisdictionis*, de forma que un cambio en el domicilio del presunto incapaz daba lugar a que se modificara también la competencia territorial pendiente el proceso⁶. Esta situación podía ser relativamente frecuente cuando el interesado estaba ingresado en un centro de tratamiento y, por razones médicas, era trasladado a otro distinto. Esta alteración de la regla general sobre la *perpetuatio iurisdictionis* que contiene el art. 411 LEC se justifica, según el Tribunal Supremo, por “razones de inmediación y eficacia y la efectividad de la tutela judicial”⁷.

La reforma de 2021 consagra esta situación en el art. 756.3, estableciendo que “si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallaren”.

Esta nueva norma añade seguridad jurídica a la situación creada jurisprudencialmente, y parece razonable teniendo en cuenta la protección de la persona interesada en la adopción de medidas de apoyo a la que le resultará indudablemente más sencilla la participación en un proceso que se desarrolla en su lugar de residencia; también se facilita la práctica del obligatorio reconocimiento judicial de la persona del interesado.

Como afirma TAPIA, la *perpetuatio iurisdictionis* nace con la finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica y el derecho de defensa, aunque puede ceder excepcionalmente ante determinados intereses, como señala la propia autora y como ha considerado para este caso la jurisprudencia primero y ahora la legislación⁸. El interés a proteger en este caso es el de la correcta defensa de la persona interesada en recibir los apoyos.

⁶ AATS de 13 de junio de 2008 (JUR 2008\250323), 22 de junio de 2010 (RJ 2010\4902) y 11 de enero de 2011 (RJ 2011\430).

⁷ ATS de 11 de enero de 2011 (RJ2011\430).

⁸ TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al art. 411”, en CORDÓN MORENO F. y otros (Coord.) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1712-1714.

Sin embargo, el fuero de competencia territorial que nace *a priori* con la finalidad de proteger a la persona interesada en la adopción de medidas, puede convertirse en un arma de doble filo. No es extraño que por razones médicas o familiares de atención a la persona necesitada de medidas de apoyo se produzcan cambios de residencia; la aplicación de la norma de competencia, a pesar de su finalidad protectora con el interesado, puede dilatar el proceso de forma excesiva y además ocasionar un trastorno al necesitado de apoyos: posible cambio de postulación al alterarse la competencia, dificultad en la práctica de determinadas pruebas (como la audiencia de parientes), cambio en el fiscal que interviene en el caso, etc. Estos inconvenientes obviamente se multiplican si hay más de un cambio de residencia. Si el legislador pretendía la cercanía del interesado con el lugar de celebración del juicio (que es un objetivo loable) en ocasiones la consecución de esta finalidad puede causar más perjuicios de los que supondría el desplazamiento del interesado al lugar de celebración del proceso⁹.

Estas disfunciones que previsiblemente causarán las normas de competencia no son suficientes, a mi juicio, para prescindir de la excepción a la *perpetuatio iurisdictionis* que ha establecido el legislador. Sin embargo, para evitar dichos inconvenientes sugiero que no opere de forma automática, sino a instancia del fiscal o del interesado en las medidas de apoyo. De este modo, se puede valorar en función del caso si es más conveniente para el solicitante desplazarse desde su nueva residencia al lugar del juicio o cambiar el órgano competente. Las dos situaciones le ocasionarán un cierto trastorno pero en función de sus circunstancias podrá elegir la que le resulte más conveniente.

GONZÁLEZ advierte también que la norma de competencia puede poner en peligro la inmediación; si tenemos en cuenta que con frecuencia el reconocimiento de la persona interesada se produce con carácter domiciliario y por tanto anticipadamente (art. 294 LEC), pudiera darse el caso de que un juez haya

⁹ Estos inconvenientes se aprecian con facilidad en el conflicto de competencia resuelto por el ATS 22 de junio de 2010 (RJ 2010\4902); en dicho caso la persona con discapacidad se trasladó de un centro hospitalario de Mérida (donde se inició el proceso) a otro de Sevilla y de éste a Alicante, los dos traslados dieron lugar a sendos cambios de competencia (discutida en ambos casos a través de cuestiones de competencia), el TS consideró que la competencia correspondía al juez de Alicante a pesar de que, como reconoce, tampoco parecía ser la residencia definitiva del presunto incapaz, con lo cual previsiblemente se produciría en el futuro otro cambio en la competencia.

practicado el reconocimiento anticipadamente y luego se produzca un cambio de competencia y sea otro juez distinto el que debe continuar con el proceso. Cuando se produzca esta situación el autor sugiere acertadamente una repetición de la prueba de reconocimiento¹⁰. No obstante, una vez más, nos enfrentamos a un motivo de ralentización del procedimiento.

2. Las costas del proceso

El proceso en materia de provisión de apoyos mantiene una laguna existente en la legislación reformada referente a la ausencia de previsión de una norma reguladora del pago de las costas. Ante la falta de una norma especial, lo procedente es la aplicación del criterio general del vencimiento que establece el art. 394 LEC. Como tuve ocasión de señalar, nuestra jurisprudencia evita de forma clara la condena en costas del incapaz, esta práctica es loable pero carece totalmente de cobertura legal¹¹.

Esta ausencia de previsión de una norma en materia de costas se mantiene tras la reforma de 2021, la única referencia que ha introducido el legislador es la de que anuncia que la intervención de los familiares legitimados en el proceso ya iniciado se realizará “a su costa” (art. 757.6 LEC).

Conviene recordar que el proceso de provisión de apoyos requiere necesariamente la comparecencia mediante abogado y procurador (art. 750.1 LEC); lo que implica un imprescindible desembolso para el interesado.

Hasta la fecha la familia con frecuencia denunciaba la situación de incapacidad ante la Fiscalía y en ocasiones no contestaba a la demanda, permaneciendo

¹⁰ GONZÁLEZ CAMPO, F., “Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*, (Dir.: DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M. V.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 479. Esta postura se ve avalada por la decisión adoptada por la AP de Pontevedra que en su sentencia de 17 de julio de 2006 (RA 224876) declara la nulidad de actuaciones por haber dictado sentencia un juez distinto del que presenció la práctica de la prueba.

¹¹ GARCIMARTÍN MONTERO, R., “La sentencia de incapacitación: posibles contenidos”, en *Hacia una visión de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, (Coord.: DE SALAS MURILLO, S.), Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2010, p. 235.

el presunto incapaz en rebeldía y tramitándose el proceso de esta forma. Esto permitía evitar la comparecencia en el proceso cuando no había controversia en cuanto a la petición de incapacitación por las ventajas que suponía esta situación procesal: no era necesario acudir a abogado y procurador y se evitaba el impacto emocional que podría suponer asistir al juicio en calidad de demandado. En la actualidad esta forma de proceder se evita con el nuevo trámite para la comparecencia de la persona con discapacidad al que he aludido anteriormente¹².

Además, no conviene olvidar que en aquellos casos en que exista algún tipo de oposición, el trámite para nombramiento de curador será doble: un expediente de jurisdicción voluntaria, que, sólo cuando fracase, dejará expedita la vía para incoar la demanda del proceso regulado en la LEC para lograr la provisión de apoyos. Esto implica necesariamente un aumento de los desembolsos que supone el proceso ya que tanto el trámite de jurisdicción voluntaria como el proceso para la provisión de apoyos requieren la comparecencia con postulación.

¹² *Vid. supra* epígrafe 1.2.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS DE LA FISCALÍA EUROPEA

Francisco Salvador Gil García

Doctorando en Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

I. ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LA FISCALÍA EUROPEA

Durante décadas, la competencia de los Estados miembros para regular el proceso penal ha permanecido ajena a todo compromiso político o debate científico¹. Sin embargo, esta situación se ha visto alterada, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa², cuya nueva configuración del proceso penal como elemento central de la política criminal europea³ ha transformado el Espacio de

¹ Los sistemas de justicia penal de los diferentes Estados miembros no pueden entenderse, como un estatuto jurídico estático, sino, más bien, como un elemento dinámico del proceso de integración en que se enmarca la europeización del proceso penal. Así lo han puesto de manifiesto diversos autores, entre los que destacan: TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Band 2, Besonderer Teil, Hamburg, 1976, p. 216; *ibid.*, “Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Fasc. 1, 1993, pp. 23-31; OEHLER, “EG-Strafrecht”, en KREKELER, Wilhelm, TIEDEMANN, Klaus, ULSENHEIMER, Klaus, y WEINMANN, Günter (Hg.), *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 1985; SGUBBI, Filippo, *Diritto penale comunitario*, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, Vol. 2, Torino 1981 –Ripubblicata con aggiornamenti in *Digesto Italiano– Disciplina penalistiche*, Vol. 4, Torino, 1990, pp. 90 y ss.; y, HECKER, Bernd, *Europäisches Strafrecht*, Springer, Heidelberg (Berlin), 2005; y, ÖBERG, Jacob, *Limits to EU Powers. A Case Study of EU Regulatory Criminal Law*, Hart Studies in European Criminal Law, Bloomsbury, Oxford, 2017, pp. 1-8.

² Para mayor interés, *vid.* PEERS, Steve, “Mission Accomplished? EU Justice and Home Affairs Law after the Treaty of Lisbon”, *Common Market Law Review*, n.º 48, 2011, pp. 692 y ss; HERLIN-KARNELL, Ester, “EU Competence in Criminal Law after Lisbon”, in BIONDI, Andrea, EECKHOUT, Piet y RIPLEY, Stefanie (edits.), *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 338-339.

³ Sobre las condiciones necesarias para crear una verdadera política criminal dentro de la UE, *vid.* WEYEMBERGH, Anne y WIECZOREK, Irene, “Is There an EU Criminal Policy?”, in COLSON, Renaud y FIELD, Stewart (edits.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Legal Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

Libertad, Seguridad y Justicia⁴, destinado a armonizar los sistemas nacionales de justicia penal, mediante el principio de *reconocimiento mutuo y confianza recíproca* (artículo 82.1 TFUE)⁵, e incrementar la capacidad institucional necesaria para combatir la delincuencia transnacional, mediante el desarrollo de Eurojust (artículo 85 TFUE)⁶, el fortalecimiento de la OLAF⁷, la consolidación de Europol (artículo 88 TFUE)⁸ o la creación de una nueva institución supranacional, destinada a mejorar la protección de los intereses financieros de la Unión⁹ (artículo 325 TFUE)¹⁰.

⁴ Para mayor interés, *vid.* GONZÁLEZ CANO, María Isabel, “Nuevos Paradigmas de la Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea”, en BARONA VILAR, Silvia (Dir.), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 339-362; FREITAS, Pedro Miguel, “Novos paradigmas na criação do espaço europeu de justiça penal”, en GONZÁLEZ CANO, María Isabel (Dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 25-52; y, GIL GARCÍA, Francisco Salvador, “El control jurisdiccional de la aplicabilidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en las actividades de investigación desarrolladas por la Fiscalía Europea”, GONZÁLEZ CANO, María Isabel (Dir.), *Integración europea...*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 315-317.

⁵ En relación con el principio de reconocimiento mutuo y confianza recíproca, *vid.* MITSILEGAS, Valsamis, “Mutual recognition, mutual trust and fundamental rights after Lisbon”, MITSILEGAS, Valsamis, BERGSTRÖM, Maria, KONSTADINIDES, Theodore (Dirs.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edward Elgar Publishing Limite, Cheltenham, 2016, pp. 148 y ss.

⁶ Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo [DOUE L 295, de 21.11.2018].

⁷ Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (Euratom) n.º 1074/1999 del Consejo [DOUE L 248, 18.09.2013].

⁸ Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo [DOUE L 135, de 24.05.2016].

⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2018, sobre el Informe Anual de 2016, relativo a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea – Lucha contra el fraude (*vid.* la nota a pie de página n.º 10).

¹⁰ Respecto a la diversidad de agencias en el espacio europeo de justicia penal, *vid.* LUCHTMAN, Michiel y VERVAELE, John, “Agencias europeas de justicia penal y aplicación compartida (Eurojust y Fiscalía Europea)”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2015, pp. 385-434; y, ÖBERG, Jacob, “EU Procedural Criminal Law after Lisbon”, in OUWERKERK, Jannemieke, ALTENA, Judit, KLIP, André y MIETTINEN, Samuli (edits.), *The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice*, Brill Nijhoff, Leiden, 2019, pp. 225-254.

Para lograr la consecución de estos objetivos, el 17 de julio de 2013, la Comisión aprobó una serie de documentos, entre los que se encontraba una propuesta de reglamento del Consejo, relativa a la creación de la Fiscalía Europea. En su reunión de 7 de febrero de 2017, el Consejo constató la falta de unanimidad necesaria para su tramitación, por lo que una semana después, el 14 de febrero de 2017, un grupo de dieciséis Estados miembros –entre ellos, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, república Checa y Rumanía– solicitó su remisión al Consejo.

Posteriormente, el 9 de marzo de 2017, el Consejo debatió el proyecto de reglamento y tomó nota de que no había acuerdo en el sentido del artículo 86, apartado 1, párrafo tercero, del TFUE. En tal caso, el artículo 86.1, párr. 2º, permite que un grupo de, al menos, nueve Estados miembros, soliciten su remisión al Consejo. Así, el 3 de abril de 2017, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía, comunicaron al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, su deseo de establecer una cooperación reforzada para la creación de la FE. Ello favoreció la posibilidad de que los Estados miembros participantes llegaran a un acuerdo el 8 de junio de 2017.

Tras ello, el Parlamento Europeo dio su aprobación al proyecto y, seguidamente, el Consejo adoptó el *Reglamento (UE) 2017/1939, del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea* (en adelante, «RFE»)¹¹, cuya entrada en vigor se produjo, finalmente, el 20 de noviembre de 2017, a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (artículo 120.1 RFE); si bien, su *aplicación íntegra* ha quedado *diferida* hasta la fecha que se determine, mediante decisión de la Comisión sobre la propuesta del Fiscal General Europeo (artículo 120.2, párr. 2º, RFE). De este modo, el RFE cumple con lo dispuesto en el artículo 86.1 del TFUE, al mismo tiempo que delimita su ámbito de actuación, mediante la atribución de una serie de competencias en materia de incoación de procedimientos, dirección de investigaciones y ejercicio de acciones penales ante órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros (artículos 86.2 TFUE y 4 RFE).

¹¹ Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea [DOUE L 283, de 31.10.2017].

En concreto, la FE será competente para conocer, en exclusiva, de todas aquellas infracciones penales, relacionadas con el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión, o indisolublemente vinculadas a él –tales como, el blanqueo de capitales, el cohecho o la malversación–, que hayan sido cometidas: a) total o parcialmente, en el territorio de uno o varios Estados miembros; b) por un nacional de un Estado miembro, cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer de ellas, cuando hayan tenido lugar fuera de su territorio, o en el territorio de un tercer Estado; o, c) por un funcionario o agente adscrito o perteneciente a una institución europea que, en el momento de su comisión, se encontrase fuera del territorio de la Unión, siempre que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro resulten competentes (Considerandos 11 y 54 y artículos 22 y 23 RFE)¹².

Tales infracciones deberán ajustarse a lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la *Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal* (en lo sucesivo, «Directiva PIF»)¹³, incorporada, recientemente, al ordenamiento español, mediante la *LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo*, cuya nueva regulación ha supuesto la armonización de estas conductas fraudulentas, así como la penalización de aquellas otras íntimamente vinculadas.

En orden a la efectiva persecución de estos delitos, la FE podrá iniciar una investigación o avocar, para sí, el conocimiento de un caso, «cuando existan

¹² En relación a la competencia material del RFE, *vid.* GONZÁLEZ CANO, María Isabel, “La Fiscalía Europea. Especial consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”, en ARANGÜENA FANEGO, Coral y DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 551-573; VILAS ÁLVAREZ, David, “Capítulo 2. La competencia material de la Fiscalía Europea”, en BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 53-76; y, PÉREZ MARÍN, María Ángeles, “La competencia de la Fiscalía Europea: criterios materiales y territoriales para su determinación”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, año V, n.º 8, Publicação Oficial do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação, Estudos Contemporâneos, 2019. Disponible en la siguiente página web [recurso electrónico]: <https://editorialjurua.com/revistaconsinter/es/revistas/ano-v-numero-viii/direito-publico/la-competencia-de-la-fiscalia-europea-criterios-materiales-y-territoriales-para-su-determinacion/> (Última vez consultada el 16.09.2019).

¹³ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal [DOUE L 198, de 28.07.2017].

motivos razonables» para creer «*que se está cometiendo o se ha cometido un delito»* contra los intereses financieros de la UE (Considerandos 13, 48, *ab initio*, y 49 y artículos 25, *ab initio*, y 26.1 RFE). En tal caso, «*el FED del Estado miembro en el que se sitúe el centro de la actividad delictiva»* o, si se hubieran cometido varios delitos conexos, el lugar en el que se hubieran llevado a cabo la mayor parte de los delitos, iniciará la investigación (artículo 26.4 RFE). Ello plantea innumerables problemas de competencia territorial, habida cuenta de que el RFE no sólo no ofrece un significado de la expresión «*centro de la actividad delictiva»*, sino que, además, utiliza, como criterio subsidiario, «*el Estado miembro en el que se haya cometido la mayor parte de los delitos»*, lo cual incrementa la incertidumbre reinante, pues se desconoce qué elemento se debe tomar en consideración para atribuir el conocimiento de un asunto a un concreto FED español, si la cuantía defraudada o el número de hechos delictivos; de hecho, incluso si se lograra adaptar el significado del primero («*centro de la actividad delictiva»*) al concepto tradicional «*locus delicti commissi»*, esta opción no podría ser considerada una solución definitiva, habida cuenta de que tampoco existe ninguna referencia que permita determinar, si éste acoge la teoría de la actividad, del resultado o de la ubicuidad¹⁴.

Una vez la FE decida ejercer su competencia para iniciar una investigación o avocar un caso para su conocimiento, el Juzgado de Instrucción español, que hubiera resultado competente, no ejercerá la suya, respecto de los mismos hechos (artículo 25.1, *in fine*, RFE), *salvo* que: *a*) el daño causado sea inferior a diez mil euros; y, *b*) el asunto afecte a otros Estados miembros o los funcionarios u otros agentes de la Unión o miembros de las instituciones europeas sean sospechosos de su autoría (artículo 25.2 RFE).

¹⁴ Respecto a los problemas que plantea la elección del foro en el RFE, *vid.* WASMEIER, Martin, "9. The Choice of Forum by the European Public Prosecutor", in ERKELENS, Leendert Hendrik, MEIJ, Arjen y PAWLIK, Marta (edits.), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2015, pp. 139-161; ZIMMERMAN, Frank, "Choice of forum and choice of law under the future regulation on the establishment of a European Public Prosecutor's Office", in ASP, Petter (edit.), *The European Public Prosecutor's Office. Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm University Press, Stockholm, 2015; y, PANZAVOLTA, Michele, "Capítulo 4. La elección del foro nacional en los procedimientos de la Fiscalía Europea: ¿Quién resulta competente?", en BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 97-124.

Cuando existan razones fundadas para suponer que el perjuicio ocasionado o que pueda ocasionarse a otra víctima es superior a aquel causado a la UE, la FE sólo podrá ejercer su competencia, si se encuentra en mejores condiciones para investigar o ejercer la acción penal que las autoridades nacionales competentes (artículo 25.4, *in fine*, RFE). A este respecto, se entenderá que «*está en mejores condiciones*», cuando ello implique a una organización delictiva o resulte más eficaz para la persecución de aquellas infracciones que, debido a su carácter específico y su magnitud transnacional, constituyan una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de sus instituciones y la confianza que los ciudadanos depositan en ellas (Considerando 60 RFE). En cualquier caso, la FE se abstendrá de ejercer su competencia y remitirá el caso sin dilación indebida a las autoridades nacionales competentes, si la sanción máxima, establecida por el CP, para un delito, incluido en su ámbito de actuación, es igual o inferior a la sanción máxima, prevista para un delito de blanqueo de capitales, cohecho o malversación, salvo que este último haya servido, como instrumento, para la comisión del primero [artículo 25.3, letra *b*), RFE].

En caso de conflicto de competencias entre la FE y el Ministerio Fiscal (en adelante, «MF») español, la autoridad nacional competente en materia de atribución de la competencia, relativa al ejercicio de la acción penal, decidirá cuál de ellas será competente para dirigir la investigación. A tal fin, nuestro país deberá designar una autoridad nacional competente en materia de atribución de la competencia. Así lo dispone el artículo 25.6 del RFE, cuando establece:

“En caso de discrepancia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales que ejercen la acción penal sobre la cuestión de determinar si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartados 2 o 3, o del artículo 25, apartados 2 o 3, las autoridades nacionales competentes en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal a escala nacional decidirán quién será competente para la investigación del caso. Los Estados miembros designarán a la autoridad nacional que decidirá en materia de atribución de competencia”.

Con el inicio de la investigación tendrá lugar la notificación a los interesados, para que puedan intervenir en el proceso. De este modo, cabe preguntarse si, con anterioridad a este trámite, el FED podrá practicar diligencias preliminares, tal y como ocurre con el MF en el proceso penal español. En este sentido, cabe advertir

que la práctica diaria ha mostrado, en numerosas ocasiones, que las investigaciones policiales se suelen iniciar antes de que el caso se someta a control por el Juzgado de Instrucción, que resulte competente, por lo que no parece, en principio, que este tradicional *modus operandi* vaya a ser erradicado. Por lo tanto, resulta difícil concebir que el FED español no cuente con un tiempo previo limitado, en el que pueda ordenar el secreto de las actuaciones o solicitar la adopción de medidas cautelares.

Durante la investigación, el FED podrá «ordenar» a la Policía Judicial o «solicitar» al órgano jurisdiccional competente, conforme a la *lex loci*, la práctica de aquellas medidas de investigación, que estime convenientes, para esclarecer los hechos, recopilar elementos o fuentes de prueba, garantizar el correcto desarrollo del proceso y asegurar la ejecución de la resolución que se dicte al final del mismo mediante la práctica de todas aquellas medidas cautelares, que estime necesarias, para preservar la integridad y evitar la pérdida o contaminación de las pruebas –*periculum in mora*– (Considerando 30 y artículos 30.1 RFE, 282, 282 *bis*, párr. 1º, 287, 544.6 *ter* LECRIM, y 547, 548.1, 549.1, 550.1 LOPJ).

La concesión de facultades para adoptar medidas cautelares, tanto personales, como reales, por el FED plantea un importante conflicto con aquellas, que ostenta el MF en el proceso penal español, dado que uno de los presupuestos, que la definen, es su carácter jurisdiccional, por cuanto la misma sólo puede ser adoptada en el marco del proceso penal español, previa autorización judicial (artículos 773.1, párr. 2º, LECRIM y 3.5 y 5.2, párr. 1º, EOMF). Es, por ello, por lo que se afirma, con carácter general, que no será admisible su adopción, por el FED español competente, en el seno de una investigación, salvo dos excepciones: *a*) la detención preventiva (artículos 17.2 CE, 520.1 LECRIM y 5.2 EOMF); y, *b*) la intervención de los efectos del delito (artículo 773.2, párr. 1º, *in fine*, LECRIM). Estos efectos del delito podrán haber sido incorporados a las diligencias preliminares, por múltiples motivos, bien, porque la Policía ha procedido a su recogida, de oficio o a instancia del FED, bien, porque la persona que haya interpuesto la denuncia o algún testigo los hayan entregado a éste, o bien, porque el sospechoso o investigado, voluntariamente, o requerido, por el MF, haya decidido entregarlos. En aquellos casos en que las diligencias sean, finalmente, archivadas, por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, el propio FED deberá devolver estos efectos a sus legítimos propietarios o poseedores.

Concluida la investigación, el FED, previa autorización de la Sala Permanente competente, podrá archivar el caso (artículos 39 RFE, 773.2, párr. 1º, LECRIM y

5.1 EOMF), desistir del ejercicio de la acción penal y remitir las diligencias practicadas al MF (artículos 34 RFE y 773.1, párr. 1º, *ab initio*, LECRIM), reconducir la causa a un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal por acuerdo (artículo 40 RFE) –como pueda ser la conformidad privilegiada o premial (artículos 779.1, párr. 5º, LECRIM, en el procedimiento abreviado, y 801 LECRIM, respecto al enjuiciamiento rápido de determinados delitos), la conformidad *a limine*, antes de iniciarse la práctica de la prueba en el acto de juicio oral (artículos 784.3 y 787.1 LECRIM, en el procedimiento abreviado, y 655 y 688 a 700 LECRIM, en el procedimiento ordinario), o el procedimiento por aceptación de Decreto [artículo 803 *bis*, letras a) a j), LECRIM], aun cuando entendemos que se trata de un procedimiento difícilmente aplicable, en relación con esta clase de delitos [artículos 22 RFE, 7.3 Directiva PIF y 803 *bis*, letra a), LECRIM]–, o ejercer la acción penal ante el Juzgado de lo Penal de la circunscripción territorial, que resulte competente (artículos 14.3 y 15 LECRIM), mediante la presentación del correspondiente escrito de acusación (artículos 13.1, párr. 2º y 3º, y 36.5 RFE). De este modo, el ejercicio de las funciones del FED ante los órganos jurisdiccionales españoles continuará hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta que se dicte la resolución definitiva, que determine si el investigado o acusado ha cometido el hecho delictivo en cuestión (Considerando 31 RFE).

A diferencia del resto de funciones, nada contempla el RFE sobre el ejercicio de la acción penal por otro sujeto, que no sea la propia FE. Sin embargo, atribuir la dirección de la investigación al FED, no significa conferirle el monopolio de la acción penal¹⁵; especialmente, cuando ni el artículo 86 del TFUE limita su ámbito material a las infracciones penales que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión (artículo 83.1 TFUE), ni el bien jurídico protegido –*orden público económico europeo*– impide que otras personas puedan verse afectadas por la conducta delictiva, y, en consecuencia, ostentar la condición de *perjudicado u ofendido* en el proceso penal. Por esta razón, será necesario que el legislador determine el modo en que deberá articularse el juego de las acusaciones particular y popular, habida cuenta de que las víctimas –es decir, personas que, tras haber participado en el procedimiento de concurrencia competitiva, destinado a la concesión de la subvención, no hayan resultado ser beneficiarias de la misma, debido a la conducta delictiva–, no son las únicas que pueden participar en el

¹⁵ Cfr. MORENO CATENA, Víctor, *Fiscalía Europea y Derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 155-156.

proceso penal español, cuando se trata de un hecho delictivo de naturaleza pública o carácter colectivo (artículos 125 CE, 19.1 LOPJ, 101 y 270 LECRIM).

Ahora bien, ello no evita que la acción popular pueda convertirse en un «*medio de instrumentalización de la justicia al servicio de intereses ajenos al bien común*», por lo que su ejercicio deberá quedar limitado a supuestos *taxados*. De hecho, éste fue el principal motivo, por el que el Anteproyecto de la LECRIM de 2011 optó por establecer un control jurisdiccional, que obligaba, a los ciudadanos, que desearan ejercitar la acción popular, a tener que acreditar, en el momento de su personación en el proceso, la relevancia de su actuación para la defensa del interés público. Esta opción lograría restringir su ejercicio a aquellos supuestos en que la protección del interés público no estuviese, suficientemente, garantizada, por el FED o cualquier otro ofendido o perjudicado directo por el delito.

II. APROXIMACIÓN A LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA FISCALÍA EUROPEA

A fin de garantizar un nivel elevado de protección de los intereses financieros de la Unión en países con estructuras institucionales y sistemas jurídicos heterogéneos, la FE se configura como órgano supranacional con personalidad jurídica propia, que deberá integrarse, con plena autonomía funcional (Considerandos 16, 17 y 111, *ab initio*, y artículos 4 y 5.4 RFE) e independencia (Considerando 32, *in fine*, y artículo 6.1 RFE), en la organización institucional del MF, y que funcionará como un solo organismo (Considerando 21, *ab initio*, RFE), a través de una estructura descentralizada (artículo 8.1 RFE), dividida en dos «niveles»: uno «*central*» y otro «*descentralizado*» (artículo 8.2 RFE)¹⁶.

El primero de ellos constará de una Oficina Central –con sede en Luxemburgo– (Considerandos 21 y 22, *ab initio*, y artículo 8.3 RFE), que estará integrada, por el

¹⁶ Sobre los desafíos que entraña la incorporación de una estructura orgánica descentralizada en la organización institucional de los diferentes sistemas nacionales de justicia penal, *vid.* WADE, Marianne, “The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form”, in BELFIORE, Rosanna y RAFARACI, Tommaso (edits.), *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor’s Office*, Springer, Switzerland, 2019, pp. 174-176.

Colegio (*College*) –órgano normativo y de supervisión general¹⁷, sin responsabilidad operativa, que conectará el nivel central (Fiscal Jefe) con los Fiscales Europeos Delegados (en adelante, «FED»)- (Considerando 23 y 24 y artículo 9 RFE), las Cámaras o Salas Permanentes (*Permanent Chambers*) –establecidas por el Colegio y responsables de garantizar el «*buen funcionamiento de la FE*», a través de una «*distribución equitativa de la carga de trabajo*», dirigir y supervisar «*las investigaciones y acusaciones realizadas por los FED*», cuando ello resulte necesario, coordinar «*las investigaciones y acciones penales en los asuntos transfronterizos*», y asegurar «*la ejecución de las decisiones tomadas por el Colegio*»; y, por último, darán instrucciones a los FED, «*de conformidad con la legislación nacional aplicable*» (Considerandos 25, 26, 27 y 34, *ab initio*, y artículo 10 RFE)–, el Fiscal General o Fiscal Jefe Europeo (*European Chief Prosecutor*), sus Adjuntos (*Deputies*) (artículo 11 RFE), los Fiscales Europeos (*European Prosecutors*) (Considerandos 28 y 29 y artículo 12 RFE) y el Director Administrativo o Director Gerente (*Administrative Director*) (artículos 18 y 19 RFE)¹⁸.

El segundo nivel estará compuesto por dos o más FED (*European Delegated Prosecutors*) que, establecidos en cada Estado miembro (Considerandos 21, *in fine*, y 44, *ab initio*, y artículos 8.4 y 13.2 RFE), permitan una distribución equitativa de la carga de trabajo (Considerando 27, *ab initio*, RFE), así como el correcto y eficiente funcionamiento de la misma mediante su plena integración en la estructura institucional de la fiscalía española (Considerando 27, *in fine*, RFE). En consecuencia, los FED no quedarán sujetos al régimen de dedicación exclusiva que se le impone al MF, por lo que podrán seguir desempeñando su actividad, bajo la doble condición de fiscales europeos y nacionales, habida cuenta de que deberá participar en procesos en que el resto de agentes serán órganos nacionales, tales como Jueces de Instrucción o Policía Judicial (Considerandos 33, 41, 42 y 46 RFE y artículos 773.2, párr. 1º, LECRIM y 3.5, 4.4 y 5.2, párr. 1º, *ab initio*, EOMF). Si bien, cuando investiguen o acusen por delitos que sean competencia de la FE, lo harán, en nombre y por cuenta de la FE, por lo que, en tales casos, gozarán de independencia funcional (Considerando 32 RFE).

¹⁷ La expresión «*supervisión general*» (*general oversight*) hace referencia a la administración general de las actividades de la Fiscalía, en la que sólo se imparten instrucciones sobre cuestiones horizontales (Documento del Consejo 15100/15, de 22 de diciembre).

¹⁸ Cfr. AMBOS, Kai, *European Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2018, pp. 560-616; y, DE AMICIS, Gaetano y KOSTORIS, Roberto, “5. Vertical Cooperation”, in KOSTORIS, Roberto (edit.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, Switzerland, 2018, pp. 236-240.

Cuando el ejercicio de su actividad profesional, como fiscales nacionales, les impida desarrollar, adecuadamente, sus funciones, los FED afectados deberán ponerlo en conocimiento del Fiscal Europeo Supervisor, quien deberá consultar a la autoridad nacional competente, para determinar el orden de prioridades, pudiendo proponer, alternativamente, a la Sala Permanente correspondiente la reasignación del caso, a favor de otro FED, que opere en ese mismo Estado miembro (Considerando 14 y artículo 13.3 RFE).

Para evitar esta situación, las autoridades españolas deberán abstenerse de adoptar cualquier medida legislativa o política, que pueda perjudicar su trayectoria profesional o suponer una merma importante al correcto desarrollo de sus funciones en el proceso penal, a menos que sean necesarias medidas urgentes (Considerando 58, *in fine*, RFE). También estarán obligadas a proporcionar, a los FED, los recursos y los equipos que precisen, para asegurar que pueden ejercer sus funciones correctamente en el marco del proceso penal español, como si se tratara de fiscales nacionales (Considerando 33 y artículo 96.6 RFE).

Ahora bien, los FED no poseerán absoluta libertad, durante sus actuaciones, dado que los mismos deberán acatar las órdenes e instrucciones que procedan, bien de la Sala Permanente que tenga encomendada la resolución del caso, bien del Fiscal Europeo, encargado de supervisar el correcto desarrollo de su actuación en el marco del proceso penal español¹⁹ [Considerandos 30, 34, *ab initio*, y 79, *in fine*, artículos 10.5, 12.3, 13.1, párr. 2º, *in fine*, 28.3, letra b), y 35.2, *in fine*, RFE].

Otro de los aspectos que puede convertirse en fuente de conflicto es aquel relativo al nombramiento de los FED, puesto que sólo podrán optar a este puesto, quienes reúnan los siguientes requisitos (artículos 17 RFE, 2.2 RD 37/2019²⁰

¹⁹ En este mismo sentido, se ha manifestado MARTÍNEZ SANTOS, Antonio, “Capítulo 1. El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías”, en BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 24-51; y, DEL POZO PÉREZ, Marta, “Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal”, en MORENO CATENA, Víctor (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 63-80.

²⁰ Real Decreto 37/2019, de 1 de febrero, por el que se crea la Comisión de selección y se regula el procedimiento para la designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo y candidatos a Fiscal Europeo Delegado en España, a los que se refieren los artículos 16 y 17 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (BOE n.º 29, de 02.02.2019).

y 2 Orden JUS/97/2019²¹): a) tener nacionalidad española y no haber incurrido en ninguna de las causas de incapacidad (artículos 303 LOPJ y 44 EOMF); b) ser miembros activos de la carrera fiscal, al menos, en su categoría segunda, o de la carrera judicial, desde el momento de su nombramiento como FED y hasta su destitución, y contar en cualquier caso con una antigüedad superior a diez años de ejercicio en la carrera²²; c) poseer una relevante experiencia práctica en el ordenamiento jurídico español, en investigaciones, relacionadas con el ámbito de las competencias de la FE; d) poder completar el mandato inicial de seis años, para el que hubieran de resultar elegidos, antes de alcanzar la edad de jubilación forzosa, en los términos establecidos por la legislación europea aplicable; e) acreditar el conocimiento en profundidad de, al menos, una de las lenguas oficiales de la Unión Europea y un conocimiento satisfactorio de, al menos, otra de ellas, en los términos establecidos en la orden ministerial de convocatoria; y, f) ofrecer un absoluto compromiso de independencia para el ejercicio de la función, mediante la suscripción de una declaración jurada (Considerandos 16 y 32, *in fine*, y artículos 6.1 y 17.2 RFE). De este modo, el procedimiento de nombramiento de los FED españoles debe garantizar que éstos formen parte integrante de la FE, sin dejar de estar integrados, operativamente, en su estructura institucional nacional (Considerando 43, *ab initio*, RFE). En España, el cumplimiento de esta última condición puede resultar cuanto menos discutible, si se toman en consideración los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica en

²¹ Orden JUS/97/2019, de 5 de febrero, por la que se convoca proceso selectivo para la designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo (BOE n.º 32, de 06.02.2019).

²² Tras la propuesta realizada por el Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al Proyecto de Orden por la que se regula el procedimiento y se configura la Comisión de selección para la designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo y candidatos a Fiscal Europeo Delegado en España, a los que se refieren los artículos 16 y 17 del reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, el Ministerio de Justicia decidió añadir, como requisito a cumplir por los candidatos a ser designados FED, el de su pertenencia a las carreras judicial o fiscal durante un mínimo de diez años, en aplicación analógica de las previsiones contenidas en la legislación nacional. Sin duda, ello constituye todo un acierto, habida cuenta la estrecha correlación que guarda con lo dispuesto en el artículo 36.1 del EOMF: *[...] Para los cargos de Fiscal de la Audiencia Nacional y de Fiscal Jefe de Fiscalía Provincial será preciso contar con, al menos, diez años de servicio en la carrera y pertenecer ya a la categoría segunda. Igual antigüedad se exigirá a los Fiscales de las Fiscalías Especiales y al Teniente Fiscal de la Secretaría Técnica. Para los cargos de Fiscales adscritos a los Fiscales de Sala integrados en la Fiscalía General del Estado será preciso contar con, al menos, diez años de servicio en la carrera, pertenecer a la categoría segunda y tener una mínima especialización acreditable en la materia a la que son adscritos. (...)].*

que, actualmente, se fundamenta el MF español, en virtud de expreso mandato constitucional (artículos 124.2 CE y 2 EOMF)²³.

Esta estructura organizativa responde al *modelo de doble sombrero –double hat–*²⁴, que regulaba el *Libro verde para la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad y la creación de un Fiscal Europeo*²⁵. Se trata de una combinación de personal europeo y nacional, que, pese a favorecer la posibilidad de que todas las tradiciones jurídicas de los diferentes Estados miembros converjan en esta nueva institución, a través de fiscales que conozcan el ordenamiento del Estado miembro, ante cuyos órganos jurisdiccionales deban actuar (Considerandos 20, *in fine*, y 46 RFE)²⁶, plantea también innumerables dudas e interrogantes²⁷.

III. CONCLUSIÓN

La protección de los intereses financieros de la Unión constituye la base sobre la que se asienta, tanto la reciente evolución del proceso de integración,

²³ Cfr. PÉREZ MARÍN, María Ángeles, “3. El Reglamento (UE) 2017/1939 de la Fiscalía Europea. La actuación de la fiscalía europea y la posible afectación de los derechos y las garantías procesales. Algunas consideraciones preliminares”, en GUTIÉRREZ ZARZA, María Ángeles (coord.), *Los avances del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE en 2017. II Anuario ReDPE*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2018.

²⁴ Un detallado estudio sobre la evolución de esta estructura, durante el proceso de negociación del RFE, puede encontrarse en MET-DOMESTICI, Alexandre, “The Hybrid Architecture of the EPPO: From the Commission’s Proposal to the Final Act”, *Eucrim: the European Criminal Law Associations’ fórum*, núm. 3, 2017, pp. 143-149.

²⁵ COM(2001) 715 final, de 11 de diciembre de 2001.

²⁶ A este respecto, *vid.* KORENICA, Fisnic, “The Establishment of the European Public Prosecutor’s Office. A note on its legal and policy perspective, and its possible role in the Western Balkans”, *CEPS*, April, 2018, pp. 1-14.

²⁷ Respecto a las dificultades que plantea la constitución y funcionamiento de la FE en los diferentes sistemas nacionales de justicia penal, *vid.* SATZGER, Helmut, “The Future European Public Prosecutor and the National Prosecution: Potential Conflicts and how They Could be Avoided”, in ASP, Petter (edit.), *The European Public Prosecutor’s Office Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, 2015, pp. 69-87; y, GONZÁLEZ CANO, María Isabel, “Justicia penal e integración europea: hacia nuevos modelos de cooperación judicial penal”, en ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko y OTAZUA ZABALA, Goizeder (Dir.): *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 779-803.

como la búsqueda de la plena armonización en materia procesal penal. Por esta razón, deviene esencial intensificar la lucha contra aquellas infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión mediante la creación de una institución supranacional con competencias en materia de incoación de procedimientos, dirección de investigaciones y ejercicio de acciones penales ante órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros.

Tras décadas de constantes esfuerzos por la Comisión y algunos Estados miembros –entre ellos, España– y numerosos intentos fallidos, el 3 de abril de 2017, un grupo de Estados miembros (Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía), comunicaron al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión que deseaban establecer una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Una vez concedida la correspondiente autorización, el 12 de octubre se aprobó la versión definitiva del RFE y, posteriormente, el 20 de noviembre de 2017, se produjo su entrada en vigor.

Este nuevo instrumento normativo regula el ámbito de actuación, el estatuto jurídico, así como la estructura orgánica de esta nueva institución europea e impone, por su naturaleza jurídica, un elevado control de compatibilidad entre aquellas disposiciones, relativas a su ámbito de actuación, y aquellas otras, que regirán su actuación en el proceso penal español, como consecuencia de su expresa remisión a la LECRIM. Sin duda, ello generará importantes discontinuidades normativas. En este sentido, la FE se configura como un órgano indivisible de la Unión con competencias en materia de incoación de procedimientos, dirección de investigaciones y ejercicio de acciones penales ante diferentes órganos jurisdiccionales, que se articulará, en torno a dos niveles: un nivel central y un nivel descentralizado. El primero estará formado por una Oficina central, integrada por el Colegio, las Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, los Fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos y el Director Administrativo. A su vez, el Colegio estará compuesto por el Fiscal General Europeo y un Fiscal Europeo por cada Estado miembro participante. En cambio, el nivel descentralizado estará formado por, al menos, dos FED, establecidos en cada Estado miembro.

La elección de esta estructura orgánica –flexible, dual y vertical– viene aconsejada, por la idoneidad de que goza esta nueva institución supranacional, para combinar la sujeción imparcial a la legalidad vigente con la necesaria

dependencia jerárquica interna, que la misma deberá salvaguardar, como garantía instrumental del principio de unidad de actuación. En este punto, es, ampliamente compartida, la idea de que los FED no pueden mantener ninguna clase de vínculo de dependencia jerárquica externa, habida cuenta de que se trata de una figura que, por la sensibilidad de las funciones que les son encomendadas, su actuación deberá quedar exenta de toda injerencia política, que impida u obstaculice su participación en el proceso penal.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA MEDIACIÓN PENAL¹

Vicente Gimeno Sendra
Catedrático de Derecho Procesal (UNED. Madrid)

I. LA MEDIACIÓN PENAL Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Con independencia de la mención a la mediación que efectúan los arts. 5.1.k y 15 de la L. 4/2015 del estatuto de la víctima del delito, la mediación penal de adultos se encuentra todavía huérfana de regulación normativa, si bien la ausencia de una Ley de mediación no ha impedido, ni impide su aplicación por la mayoría de nuestros Juzgados y tribunales.

En efecto, la existencia de la prohibición de la aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a la penal, que contiene su art. 2.2.a, según la cual queda excluido del ámbito de aplicación de dicha Ley “la mediación penal” no ha supuesto obstáculo alguno para que dicho método autocompositivo de solución de los conflictos haya acabado imponiéndose en nuestros órganos jurisdiccionales penales de instancia, si bien (todo hay que decirlo), ante la ausencia de previsión normativa, no se rigen por disposición normativa alguna, sino por auténticos usos judiciales.

Y es que aquí el Poder Judicial, ante este vacío normativo, se ha adelantado al Legislativo y ha instaurado, en la práctica forense, la mediación penal como auténtico fenómeno de creación judicial del Derecho.

¹ A mi querido amigo Pepe Martín Ostos, en recuerdo de los muy buenos ratos que hemos pasado (y reído) juntos, con mis mejores deseos de salud y de felicidad.

En efecto, al igual que en otros países², también en España y con fundamento en determinada legislación europea de protección a la víctima³, a partir de la segunda mitad de la década de los años 90 se han instaurado, en determinados Juzgados de Valencia, Cataluña, Madrid, La Rioja, País Vasco, Andalucía, Alicante o Zaragoza⁴, experiencias en mediación penal que se han revelado en la práctica con un nivel de satisfacción incluso superior a la mediación civil.

De este modo, según información facilitada por el C.G.P.J.⁵, de las 104 mediaciones civiles efectuadas en el año 2015 finalizaron con acuerdo 48, lo que origina una "ratio" del 46'15% de triunfo de la mediación, mientras que, en la jurisdicción penal, durante ese mismo año, 2015, se realizaron 1.881 mediaciones, de las que obtuvieron acuerdo 1.491, lo que significa un 79'26% de éxito de la mediación penal.

No obstante dicho éxito, lo cierto es que, salvedad hecha de algunas Leyes autonómicas que, como es el caso de la Ley valenciana 24/2018, de 5 de diciembre, también permite su aplicación al proceso penal, ante la inexistencia de una Ley específica o de una reforma de nuestra LECrim que prevea su regulación, su régimen jurídico es todavía inexistente, debiéndose acudir, tal y como se ha adelantado, a los usos forenses, que de algún modo pretenden ser armonizados por el Protocolo de la Mediación Penal, contenido en la "Guía para la práctica de la mediación intrajudicial", editado por el Consejo General del Poder Judicial⁶.

² Tales como Bulgaria, Italia o Francia, Vide.: Citoyens et Justice, Rapport Final.

³ Así, las Recomendaciones del Consejo de Europa R (83) 7, R (85) 11, R 87 (18) y R (99) 19, sobre mediación en el ámbito penal, la Decisión Marco de la U.E. 2001/220/JAI, de 15 de marzo y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que provocaron la publicación de nuestra Ley 4/2015, de 27 de abril del estatuto de la víctima y su Decreto 119/2015, de 11 de diciembre, citados por ALONSO SALGADO, La mediación en el proceso penal, Valencia, 2018, p.p. 80-101. MARTÍN DIZ, Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal, en "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Valencia, 2015, pp. 756 y ss.

⁴ Véase una relación de ciudades más exhaustiva en BARONA VILLAR, Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico, Valencia, 2011, pp. 230-233.

⁵ Datos resultantes de la mediación intrajudicial (año 2015).

⁶ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

II. PRESUPUESTO Y FUNCIONES DE LA MEDIACIÓN PENAL

La mediación, como todo medio de solución de los conflictos, tiene siempre como presupuesto la existencia de un conflicto.

Pero, en el proceso penal, y como consecuencia de nuestro sistema, proveniente del Código Procesal Penal napoleónico, de 1808, en el que, a diferencia del alemán que mantiene separado el ejercicio de la acción civil de la penal, se puede acumular la acción civil al proceso penal, la regla general es la de la acumulación de la acción civil, ya que, si el perjudicado no reserva su ejercicio para la interposición del pertinente proceso declarativo civil, se incorporará necesariamente al proceso penal y ello, se constituya o no el perjudicado en parte acusadora, pues, si prefiriera no sufrir las molestias y gastos de un proceso penal, no por su incomparecencia, dejará de plantearse la pretensión civil resarcitoria. La deducirá el MF «ex» arts. 108 y 773.1 LECrim.

En la mediación penal lo que hay que solucionar, pues, no es un conflicto, tal y como acontece con las otras mediaciones (civil, social o contencioso-administrativa), sino dos: el conflicto social existente entre el delincuente y el Estado y el conflicto intersubjetivo o litigio entre el agresor y su víctima, los cuales originan el nacimiento, tanto de la acción penal, como el de la civil "*ex delicto*" (art. 100 LECrim) y a las que hay que dar satisfacción en el proceso con la solución de ambos conflictos mediante la aplicación del Derecho Penal y el Civil de daños.

La existencia de estos dos conflictos, que ocasionan la interposición de dos pretensiones, la una penal y civil la otra, provoca también el surgimiento del enfrentamiento de dos tipos de derechos constitucionales que subyacen en todo proceso penal: de un lado, los derechos fundamentales a la libertad, de defensa y a la reinserción que han de asistir a todo imputado que, por no haber sido condenado, se presume inocente y que se encuentra, en el conflicto social, opuesto al derecho de penar o "*ius puniendi*" del Estado y, de otro, el derecho fundamental a la tutela judicial de la víctima.

III. NATURALEZA DEL OBJETO

El conflicto en el ejercicio de todos estos derechos constitucionales ocasiona que en el proceso penal haya que distinguir dos clases de mediaciones, a saber:

a) la mediación de la pretensión penal en la que, al contrario de lo que establece el art. 19 LEC⁷, el acuerdo entre las partes no provocará sin más la finalización del proceso, pues precisa ser aceptada por el Ministerio Fiscal y autorizada por la autoridad judicial, y b) la mediación de la pretensión civil, en la que aquí sí rigen plenamente, tanto el art. 19 LEC, como el 1 de la L. 5/2012, estando informada plenamente por la vigencia del principio dispositivo.

Partiendo de esta realidad indiscutible, puede afirmarse que la naturaleza de lo convenido en la mediación es doble: a) en todo lo referente a la mediación civil, nos encontramos ante una transacción que, una vez homologada judicialmente, tendrá todo el valor de la cosa juzgada y, b) en cuanto a la mediación penal, estamos ante un negocio jurídico procesal («plea bargaining») que, una vez aceptado por el M.F. y el órgano judicial, ocasionará la finalización del proceso, bien mediante un auto de archivo o de sobreseimiento, bien a través de una sentencia, sea de conformidad, sea definitiva.

IV. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES

Realizadas todas estas precisiones, estamos ya en condición de definir la mediación penal como un medio mixto de solución de los dos conflictos subyacentes en el proceso penal, informado por el principio de oportunidad, al que las partes pueden acudir siempre y cuando el investigado reconozca su participación en el hecho punible y manifieste su voluntad reparadora, mediante el cual un tercero imparcial, el mediador, intentará aproximar al agresor y a su víctima para que, tras la pertinente indemnización de aquél a ésta, se solucione su conflicto intersubjetivo y pueda la defensa y la acusación particular proponer al Ministerio Fiscal una conformidad negociada que finalice con una sentencia en la que, cumpliéndose los fines de prevención de la pena, se pueda obtener también la reinserción del imputado.

Del referido concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

⁷ Art. 19.1 LEC: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

1. Naturaleza de la mediación

Tal y como se ha avanzado, la mediación penal es un medio mixto de solución de los conflictos: a) autocompositivo en todo lo referente al litigio surgido entre las partes privadas como consecuencia de los daños producidos en la esfera patrimonial y moral de la víctima, los cuales han de ser puntualmente reparados por el victimario, y b) heterocompositivo en todo lo relativo al objeto principal del proceso, cual es la pretensión penal, la cual ha de satisfacerse generalmente mediante una sentencia de conformidad.

2. El principio de oportunidad

A diferencia de la mediación civil que está presidida por el principio dispositivo y que, por tanto, dicho principio se encuentra vigente en la autocomposición del conflicto intersubjetivo, la heterocomposición del conflicto penal social se encuentra informada por el principio de oportunidad, del que nos ocuparemos más detenidamente en el epígrafe siguiente.

Sea suficiente adelantar aquí que la vigencia de dicho principio autoriza al órgano jurisdiccional, en los supuestos expresamente previstos por la Ley, a adoptar las siguientes resoluciones: desde la no incoación del proceso penal (así, la querrela en los delitos privados o la denuncia en los delitos semipúblicos con interés privado) hasta la obtención de un sobreseimiento o de una resolución absolutoria (vgr., si se produjera el perdón del ofendido en los referidos delitos semipúblicos y en los privados), pasando por la posibilidad de suspender una pena privativa de libertad o transformarla en otra limitativa de derechos o la de obtener una rebaja sustancial de la pena (mediante la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño o de tipos penales que conlleven la aplicación del principio de oportunidad).

3. Presupuesto

Presupuesto esencial de la conformidad es la confesión del imputado⁸. Sin el reconocimiento por parte del investigado o encausado de la existencia de un

⁸ También en los U.S.A. Vide PÉREZ CEBADERA, *El principio del consenso en Estados Unidos*, en "Mediación, Justicia y Unión Europea", epígrafe III.

hecho punible y de su autoría no puede iniciarse el procedimiento de la mediación. Pero dicha confesión ha de ser libremente prestada, sin someterla a género alguno de coacción, pues en el proceso penal rige, con toda su plenitud la presunción de inocencia⁹.

La confesión del imputado conlleva implícitamente su arrepentimiento, lo que, unido a su disposición reparadora podrán posibilitar la aplicación de las atenuantes muy cualificadas previstas en las circunstancias 4ª y 5ª del art. 21 C.P. y obtener una rebaja en la pena de hasta dos grados (art. 66.1.2ª C.P.).

4. El mediador

Característica esencial de este medio de solución de los conflictos es la intervención del mediador, en quien ha de concurrir los requisitos de profesionalidad, neutralidad e imparcialidad.

Pero el mediador, a diferencia del árbitro, no soluciona el conflicto, sino que su función, realizada fundamentalmente a través de distintas audiencias, consiste en dialogar con las partes y persuadirlas de que intenten una solución autocompositiva en todo lo referente a la pretensión civil y heterocompositiva en la penal.

5. Objeto

El objeto de la mediación consiste, en primer lugar, en obtener una reparación de la víctima de manera que, mediante la solución de su conflicto intersubjetivo, se satisfaga puntual y plenamente su derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta satisfacción de la víctima permitirá, de un lado, que no comparezca en el proceso penal como acusador particular, en cuyo caso se opondría a una eventual sentencia de conformidad y ocasionaría la frustración de la mediación penal y, de otro, autorizará al órgano jurisdiccional a aplicar la referida atenuante del art. 21.5ª C.P. o la suspensión de la pena si se ha efectuado dicha reparación (art. 80.1.II y 2.3ª C.P.).

⁹ Véase, en lo referente al proceso de menores, GONZÁLEZ NAVARRO, La mediación penal..., cit., p. 672.

6. La resolución judicial

La mediación puede ocasionar un auto de sobreseimiento (así, el supuesto del art. 963.1.1ª LECrim o el de la petición vinculante de sobreseimiento del art. 782 LECRIM¹⁰), pero lo más normal será finalizar el proceso mediante una sentencia explícita o implícita de conformidad.

a) Denominamos sentencia explícita de conformidad a la que puede obtenerse, bien dentro de la instrucción ante el Juez de Guardia, en el enjuiciamiento rápido (arts. 801 y 779.1.5), bien en el juicio oral, normalmente como conformidad negociada o «plea bargaining», al amparo de lo dispuesto en el art. 787.1 LECrim.

b) Por el contrario, la sentencia implícita de conformidad sucederá dentro del juicio oral, lo que necesariamente ha de ocurrir, ante la prohibición del art. 87 ter LOPJ¹¹ en los delitos de violencia de género o cuando la pena solicitada exceda

¹⁰ STS 1045/2007, de 17 de Diciembre o doctrina BOTÍN, cfr.: mi artículo “*La doctrina del T.S. sobre la acusación popular: los casos ‘BOTÍN’ y ATUTCHA*”, Diario La Ley, 2008, núm. 6970.

¹¹ El art. 87 ter. LOPJ, introducido por la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con ocasión de la determinación de la competencia objetiva de los Juzgados de violencia sobre la mujer, establece en su ordinal 5 la siguiente prohibición: “En todos estos casos está vedada la mediación”.

La redacción de este precepto ha llevado al Protocolo del CGPJ de 2015 a afirmar que “...respecto a los delitos que pueden ser derivados a mediación, únicamente quedan excluidos ab initio los delitos de violencia de género, dada la expresa prohibición normativa existente”.

Permítasenos, sin embargo, discrepar de esta conclusión, pues la redacción del precepto nos sugiere otra interpretación sistemática, según la cual, debido a que el art. 87 ter LOPJ está destinado única y exclusivamente a regular la competencia objetiva de las Juzgados de instrucción especializados en la violencia de género, la mediación estará prohibida en la fase de instrucción ante dicho Juzgado de Instrucción especializado, pero será perfectamente lícita la práctica de una mediación por delitos de género en la fase intermedia y de juicio oral, efectuada ante el Juzgado de lo Penal o ante la Audiencia Provincial, órganos jurisdiccionales estos últimos a quienes no les alcanza la referida prohibición.

En cualquier caso, pensamos que dicha prohibición debiera ser revisada y anulada por el legislador, ya que viene a desconfiar de la labor de nuestros Jueces/as de violencia de género quienes saben perfectamente distinguir entre un delito de violencia de género con peligro para la integridad física de la víctima y en el que el agresor ejerce una influencia dominante (supuesto que siempre habrá de ser excluido de la mediación), del que podría ser reconducido a una solución amistosa, revelándose en la práctica, con las retractaciones de la víctima en el proceso incluidas (ante la posibilidad, por ej., de que el varón sea sometido a prisión provisional y no pueda satisfacer los alimentos), como contraproducente.

de los 9 años de privación de libertad (art. 757 LECrim), en cuyo caso, debido a la existencia de la congruencia cuantitativa a la petición de pena del M.F. (art. 789.3)¹², el M.F. puede obtener extraprocesalmente una conformidad negociada con la defensa lo que ocasionaría una sustancial rebaja en la individualización de la pena.

7. La reinserción del imputado

Una de las finalidades esenciales de la mediación penal reside en la obtención de la reinserción del imputado o, al menos, la de evitar los efectos crimíno-genos que la pena privativa de libertad le puede deparar. Y es que, diga lo que diga el art. 25.1 C.E., la pena privativa de libertad no sirve para la rehabilitación del condenado, pues, los centros penitenciarios suelen ser para los jóvenes no reincidentes, en muchas ocasiones, auténticas “escuelas de la delincuencia”.

Por ello, hay que evitar, en la medida de lo posible, que sobre todo el joven delincuente no reincidente sea sometido a una prisión provisional o a una pena privativa de libertad definitiva. Para el logro de este objetivo, surge también la mediación penal que, fundamentalmente en los supuestos de delitos menos graves con pena privativa no superior a los 2 años, permitirá la suspensión de dicha pena (art. 80 C.P.) o su conversión en otra privativa de derechos (art. 83), lo que autoriza al M.F. a instar del juez una sentencia de conformidad bajo condición de cumplimiento por el condenado de determinadas prestaciones que contribuyan a su rehabilitación (así, por ej., el sometimiento voluntario a un procedimiento de curación alcohólica o de dependencia al consumo de drogas –art. 83.1.7ª C.P.–).

V. EL PRINCIPIO MATERIAL DE OPORTUNIDAD

La mediación penal constituye, como se ha dicho, una manifestación del principio de oportunidad, que, aun cuando, a diferencia del de legalidad (arts. 124.1 C.E., 100, 105.1 LECrim, 1, 3, 4 y 6 EOMF), no se encuentre expresamente

¹² En el ámbito del proceso penal abreviado, el art. 789.3 se establece también una congruencia cuantitativa, al prohibir al tribunal la irrogación de un “*quantum*” de pena superior al solicitado por las partes acusadoras. Esta prescripción fue generalizada por el T.S. y extendida al sumario ordinario o proceso penal por delitos graves (STS 1.319/2006, de 12 de Enero y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, de 20 de Diciembre de 2006), no sin alguna resolución contraria (vgr.: STS de 1 de Junio de 2007).

proclamado en nuestro ordenamiento, sí que está vigente en los supuestos contemplados en la Ley.

Por principio de oportunidad cabe entender la facultad que el ordenamiento procesal confiere al M.F. para que, no obstante la sospecha de la comisión de un delito público, pueda dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad que efectúe una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado en los casos expresamente previstos por la norma y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos.

La vigencia del principio de oportunidad constituye un presupuesto necesario de la viabilidad de la mediación penal, puesto que esta solución heterocompositiva tan sólo sucederá, en la práctica forense, cuando una norma material de nuestro C.P., pueda otorgar a la defensa una determinada ventaja en la reducción de la pena, lo que constituirá, para ella, su causa que le permitirá suscribir el negocio jurídico de conformidad.

De lo dicho se desprende que dicho principio no permite la consagración de la arbitrariedad, ni se opone al de legalidad, sino que más bien lo complementa en la medida en que son razones de política criminal y de interés público los que autorizan al legislador a permitir las rebajas en la pena, siempre y cuando se cumpla el presupuesto fáctico de la norma penal habilitante.

Hablar, pues, de "oportunidad reglada" es hoy una tautología¹³, pues, por supuesto, la aplicación del principio de oportunidad exige también el cumplimiento del principio de legalidad.

Y es que el principio de oportunidad, como se ha dicho, no ampara la arbitrariedad, ni los intereses espurios. Dicho in-ejercicio de la acción penal o petición de sobreseimiento ha de estar, en primer lugar, autorizado por una norma procesal y, en segundo, fundado en un interés constitucionalmente protegido.

¹³ El término conformidad "reglada" fue ideado por un excelente Fiscal y vocal entonces del CGPJ (tristemente fallecido), Antonio GONZÁLEZ CUÉLLAR, para evitar las críticas que surgieron, en la década de los años 80, ante la publicación de un artículo mío, intitulado "*Los procesos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*", Poder Judicial, núm. 2, 1988, pp. 31-52.

Cuáles sean esos intereses constitucionalmente protegidos nos lo determina el art. 124.1 C.E., el cual faculta al M.F. no sólo a *“promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad”*, sino también en la *“de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”*.

En el proceso penal por “interés público” hay que entender el “ius puniendi” del Estado, para cuya aplicación es necesario el descubrimiento de la verdad material, lo que aconseja, por ejemplo que, en supuestos de terrorismo o de criminalidad organizada (extensible “de lege ferenda” a la lucha contra la corrupción política), los autores de delitos puedan beneficiarse de una rebaja de la pena, si, a través de la confesión/delación, colaboraran eficazmente con el M.F. en orden a determinar la responsabilidad penal de los principales autores o al desmantelamiento de la organización criminal. También responde a esta tutela del “interés público”, como veremos, la protección de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social.

Y “por derechos de los ciudadanos” en el proceso penal cabe entender, tanto el derecho a una pronta reparación de la víctima, como el del encausado a su inserción social, así como a obtener una pena proporcionada con su culpabilidad.

Veamos, a continuación, con base en qué intereses públicos o tutela de los derechos de los ciudadanos nuestro Código Penal¹⁴ autoriza la aplicación de este principio de oportunidad y posibilita, por tanto, la solución del conflicto a través de la mediación penal.

Distinguiremos, a tal efecto, los supuestos comunes, contenidos en la Parte General, de los especiales.

1. Supuestos comunes (Parte General)

Son supuestos comunes de aplicación del principio de oportunidad y aplicables, por lo tanto, a cualquier género de proceso, la atenuante cualificada de la regla 5ª del art. 21 C.P. (la *“reparación del daño”*), la suspensión de la pena de los arts. 80-83 y la sustitución de la pena privativa de libertad del art. 84 C.P.

¹⁴ Nuestro agradecimiento al Fiscal del T.S., Juan Carlos LÓPEZ COIG, por sus indicaciones sobre los tipos penales que posibilitan el principio de oportunidad.

A) La atenuante de reparación del daño

Tal y como establece el art. 21.5^a C.P., constituye una circunstancia atenuante *“la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”*¹⁵.

Esta circunstancia, que suele ir acompañada con la de *arrepentimiento* de la regla 4^a del art. 21 C.P. (pues la mediación exige, como se ha dicho, la confesión del hecho por parte del investigado), puede ser solicitada por el M.F. como muy calificada, en cuyo caso permitirá una rebaja de la pena de hasta dos grados (art. 66.1.2^a C.P.).

Pero, la aplicación de esta atenuante exige que lo sea en una sentencia explícita de conformidad, esto es, pronunciada *“con anterioridad a la celebración del juicio oral”*.

Incluso con mucha anterioridad, tratándose de delitos leves, si se cumplen los requisitos contemplados en el art. 963.1.1^a LECrim, el Juez de instrucción podrá acordar, tan pronto como reciba el atestado, el sobreseimiento. Dispone a este respecto el referido precepto (introducido por la L.O. 1/2015) que el Juez de instrucción *“...acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado”* (arts. 963.1.1^a y 964.2.a LECRIM).

De la redacción del precepto claramente se infiere, pues, que, para que proceda este sobreseimiento por razones de oportunidad, el art. 963.1.1^a requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) que el procedimiento verse sobre un delito leve de muy escasa gravedad, atendida *“la naturaleza del hecho y sus*

¹⁵ Sobre dicha atenuante y el art. 88 C.P., véase MAGRO, La experiencia en la mediación penal de la Audiencia Provincial de Alicante, en *“Mediación, Justicia y Unión Europea”*, cit., epígrafe 2.

circunstancias” o, lo que es lo mismo, que el objeto del proceso lo constituya un delito “bagatela” (vgr.: hurtos de escaso valor en supermercados...) o atendidas “las circunstancias de su autor” (y, así, habrá de ponderar si fuera o no reincidente y el peligro de reiteración); b) que el M.F. solicite expresamente el sobreseimiento; c) que, en los delitos patrimoniales, se haya reparado el daño (así, por ej., la devolución de la cosa sustraída), y e) que “no exista denuncia del perjudicado”.

En cualquier caso el auto de sobreseimiento ha de notificarse a la víctima (arts. 636 y 779.1.1ª LECrim y art. 7.1 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima), quien podrá impugnarlo y obtener la reapertura de la instrucción.

B) La suspensión ordinaria y la sustitución de la pena privativa de libertad

Tanto la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas del art. 80, como la suspensión condicionada o conversión de la pena privativa de libertad en otra limitativa de derechos¹⁶ de los arts. 82 y ss., poseen un común denominador, cuál es su finalidad, consistente en conjurar el riesgo de reiteración delictiva y (aunque la Ley no lo diga) posibilitar la reinserción del investigado.

a) Difieren, sin embargo, en que, para la aplicación de la suspensión ordinaria de la pena, es necesario que la condena sea inferior a los 2 años de privación de libertad (art. 80.2.2ª) o a los 5 en el caso de drogodependientes¹⁷, que el

¹⁶ Véase al respecto la excelente monografía de GARCÍA SAN MARTÍN, *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, Madrid, 2017.

¹⁷ Art. 80.5 C.P.: “Aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación”.

Véase GARCÍA SAN MARTÍN, *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, Madrid, 2017, pp. 51 y ss.

investigado “haya delinquido por primera vez” (art.80.2.1ª) y “que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado...” (art. 80.2.3ª).

Téngase en cuenta que el pago a la víctima de su indemnización posibilitará además rebajar la pena hasta 2 grados con lo que la comisión de un delito grave puede, a través del cumplimiento de la circunstancia atenuante del art. 21.5ª C.P., alcanzar este límite cuantitativo y hacerse acreedora la conducta de la suspensión de la pena privativa de libertad.

b) En la conversión de dicha pena privativa en otra limitativa de derechos del art. 83 C.P., sin embargo, ni opera el presupuesto cuantitativo de que la condena sea inferior a los 2 años, ni ha de concurrir el requisito de ausencia de antecedentes penales, ni el de la satisfacción de la indemnización a la víctima.

Pero, a lo que sí ha de comprometerse el imputado es a la ejecución de las prestaciones que el art. 83 C.P. establece, de entre las que se encuentra “el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación” (art. 84.1.1ª, introducido por la L.O. 1/2015) y que, en general, están dirigidas a obtener su reinserción social. De aquí que el establecimiento de estas prestaciones haya de realizarse en una sentencia, explícita o implícita de conformidad, pero bajo condición suspensiva de su efectivo cumplimiento, de tal suerte que, si el condenado no llevara a buen término sus finalidades de reinserción o de amparo de la víctima, el órgano jurisdiccional podrá revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 86 C.P.).

E idéntica solución, la de la condición suspensiva, puede suceder en la aplicación de la suspensión extraordinaria a los drogodependientes del art. 80. 5 C.P.¹⁸.

2. Supuestos específicos (Parte Especial)¹⁹

Como supuestos específicos del principio de oportunidad en los que una norma penal autoriza al M.F. a solicitar y al tribunal aplicar una rebaja sustancial de la pena, caben mencionar, sin ningún ánimo exhaustivo, los siguientes:

¹⁸ Cfr.: García San Martín, op. y loc. cit.

¹⁹ Nuestro agradecimiento al Fiscal del T.S., Juan Carlos LÓPEZ COIG por la información suministrada.

A) Fundados en una mejor aplicación del “ius puniendi”

Existen preceptos en el C.P. que, tratándose de delitos de criminalidad organizada, el autor que, mediante su delación, colabore en su persecución, puede beneficiarse de sustanciales rebajas en la pena.

Así el art. 579 bis.3²⁰, inspirándose en el parágrafo 153.e de la StPO alemana y, en último término, en la legislación antiterrorista italiana, estableció y mantiene el principio de oportunidad vía material, mediante la instauración de excusas absolutorias o rebajas de la pena en uno o dos grados para aquellos terroristas que efectuaran dicha delación y que colaboren activamente para el desmantelamiento de la organización terrorista.

Algo similar ocurre también con la delación de los representantes de las personas jurídicas que, a modo de los “whistleblowers”, se encuentra prevista como circunstancia atenuante en el art. 31 quater C.P.²¹ o en la delación de miembros pertenecientes a organizaciones criminales contra la salud pública contemplada

²⁰ “3. En los delitos previstos en este Capítulo (terrorismo), los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

²¹ “1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

en el art. 376 C.P.²² o, en general, la de los integrantes de cualquier grupo u organización criminal –art. 570 quater.4 C.P.²³–, así como la excusa absolutoria del art. 426 del particular que denuncie un cohecho.

B) Protección del erario público

Otro grupo de delitos, informados asimismo por el principio de oportunidad, lo integran los delito fiscal y contra la Seguridad Social.

De este modo, el art. 305.4 C.P. contempla como condición objetiva de punibilidad la regularización de la deuda fiscal²⁴, en cuyo caso, cumplida esta condición, si se iniciara el proceso, habrá de finalizar mediante auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria.

Asimismo, el número 6º del mismo precepto consagra una excusa absolutoria, consistente en satisfacer la deuda tributaria en un plazo de 2 meses posteriores a

²² “En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”.

²³ “4. Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos”.

²⁴ “4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias”.

la citación judicial como imputado²⁵, en cuyo caso se le autoriza al M.F. a solicitar una rebaja de pena de 1 o 2 grados (art. 570 quater. 4).

Similares prescripciones consagran los arts. 307.3 y 5²⁶ y 307 ter 3 y 6²⁷ del C.P. en todo lo referente a los delitos contra la Seguridad Social.

²⁵ “6. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito”.

²⁶ “3. Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

5. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito”.

²⁷ “3. Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

6. Resultará aplicable a los supuestos regulados en este artículo lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 307 del Código Penal”.

C) Reparación del daño

En estrecha relación con el interés público de la reparación de la víctima se encuentra también, sobre todo en delitos de riesgo, la reparación del daño causado.

Así, en los delitos de incendios, la reparación del daño ocasionado posibilitará la rebaja de la pena en uno o dos grados (arts. 351²⁸ y 358 bis²⁹ C.P.) y, en los delitos contra la ordenación del territorio, urbanismo, protección del patrimonio histórico y medio ambiente, dicha reparación permitirá la rebaja en un grado de la pena (art. 340³⁰ C.P.).

D) La reinserción del imputado

Cuando el C.P. permite la suspensión de la pena privativa de libertad y el establecimiento de la pena de multa u otra privativa de derechos es claro que, aunque la norma no lo diga, lo que se persigue es obtener la reinserción del imputado al evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad.

Ello es lo que acontece, por ejemplo, con el art. 181.1 relativo a los abusos sexuales sin violencia o intimidación³¹ o con lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 376³² que permite al órgano jurisdiccional rebajar la pena en uno o dos grados si

²⁸ *“Los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho”.*

²⁹ *“Lo dispuesto en los artículos 338 a 340 será también aplicable a los delitos regulados en este Capítulo”.*

³⁰ *“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”.*

³¹ *“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”.*

³² *“Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad”.*

el drogodependiente concluyera con éxito su procedimiento de deshabitación y el art. 80.5 que, como se ha dicho, permite la suspensión de la ejecución de la pena.

E) La escasa culpabilidad del investigado

Finalmente otro importante grupo de delitos autorizan al M.F. a instar del tribunal una sustancial rebaja de la pena cuando la culpabilidad del investigado fuera escasa. Ello es lo que acontece, por ej., con lo dispuesto en el art. 65.3 referente a la culpabilidad del extraneus³³, con los delitos que pudiera cometer el receptor de un órgano humano ilícitamente trasplantado (art. 156 bis.3³⁴), con el de corrupción en los negocios del art. 286 bis.3³⁵, con el delito contra los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis.6³⁶ o los delitos contra la salud pública previstos en el segundo párrafo del art. 368³⁷, con el delito de reunión o manifestación ilegal del art. 514.2³⁸ o el de tenencia ilícita de armas del art. 565³⁹ C.P., etcétera.

³³ “3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

³⁴ “2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable”.

³⁵ “3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio”.

³⁶ “6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”.

³⁷ “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

³⁸ “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

³⁹ “Los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos”.

F) La tutela de la víctima

En nuestro Código Penal, la tutela de la víctima puede ser absoluta o relativa.

a) La absoluta integra otra manifestación del principio de oportunidad que se manifiesta en las acciones penales privadas o, dicho en otras palabras, en las acciones derivadas de la comisión de un delito privado.

En estos delitos, el ofendido ostenta, tanto el monopolio del ejercicio de la acción penal, como también le puede asistir el de la extinción, mediante el perdón, de la responsabilidad penal.

Este derecho absoluto, tanto a la no perseguibilidad del delito, como a la extinción de la responsabilidad penal del delincuente tan sólo sucede en los delitos privados, los cuales vienen determinados por los de injurias y calumnias (art. 215.1).

b) En los delitos semipúblicos la tutela de la víctima es más relativa, habiéndose de distinguir:

a') Los del monopolio relativo de la acción penal por el ofendido, que posibilitará su ejercicio por el M.F. cuando éste estime la prevalencia del "interés público". Nos estamos refiriendo a los delitos semipúblicos con interés público que están integrados por los de agresiones, acosos y abusos sexuales (art. 191), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 287) y los delitos societarios (art. 296).

b') Los delitos semipúblicos "puros", en los que el ofendido conserva el monopolio de la acción penal, pero no el de la extinción del proceso mediante la remisión. Tales delitos vienen integrados exclusivamente por los delitos de reproducción asistida (art. 162), de abandono de familia contemplados en el art. 228, el homicidio cometido por imprudencia menos grave, las lesiones y coacciones de carácter leve, la injurias de violencia doméstica de carácter leve (arts. 142.2.IV, 147.4, 152.2.IV, 172.3.3, 173.4, introducidos por la L.O. 1/2015) y los delitos leves sin interés público y patrimoniales (arts. 963.1.1^a y 964.2.a LE-CRIM, introducidos por la Disp. Final 2.10 de la L.O. 1/2015).

- c') Los delitos semipúblicos con interés privado, en los que el ofendido es dueño de la incoación y de la extinción del proceso penal, por cuanto sin su denuncia no se incoará el proceso y puede finalizarlo a través del perdón, con lo que vienen a asemejarse estas acciones con las dimanantes de la comisión de delitos privados. A esta categoría pertenecen los delitos de descubrimiento y revelación de secretos por los particulares (art. 201 CP) y los de daños (art. 267.II y III).

VI. PROCEDIMIENTO

La mediación procesal penal puede suceder en cualquier estadio del procedimiento, esto es, dentro de la fase instructora, de la intermedia, del juicio oral e incluso en el proceso de ejecución.

Pero, si se pretende cumplir con una de las finalidades esenciales de la mediación, cual es la de obtener la rápida solución de los conflictos, social e intersubjetivo, que originan y subyacen al proceso penal, la mediación debiera transcurrir, siempre que sea posible, al inicio de la fase instructora.

Dentro de la fase instructora hemos de diferenciar las actuaciones mediadoras en las diligencias policiales de prevención y en la instrucción judicial.

1. Las diligencias policiales de prevención

Aunque no estén legalmente autorizados los funcionarios de la policía judicial a dictar una resolución de derivación del objeto procesal a la mediación⁴⁰, pues su misión se reconduce, una vez investigada la "notitia criminis", a remitir el atestado a la autoridad judicial o al M.F. (arts. 284, 295, 496.11, 773.2 LECrim), sí deben comprobar, tras prestar declaración al detenido y a la víctima, la concurrencia o no de los presupuestos de la mediación, cuales son, de un lado y fundamentalmente, el reconocimiento por el investigado de su participación en el hecho punible y su voluntad reparadora, así como, de otro, la posibilidad de obtener el perdón o la voluntad autocompositiva de la víctima de cuyos extremos habrán de dejar constancia en las diligencias policiales de prevención.

⁴⁰ Laguna que debiera ser colmada, cuando se promulgue la anhelada Ley estatal de mediación penal, mediante el otorgamiento a la policía judicial y local de facultades de mediación.

En tal supuesto de posibilidad de éxito de la mediación, no debiera el atestado ser remitido a la autoridad judicial, sino, con base en lo dispuesto en el art. 773.2, debería ser enviado a la Fiscalía a fin de que, tras la realización de una investigación preliminar, fuera el M.F. y no el Juez de instrucción quien dictara el Decreto de derivación a la mediación en el que, en un plazo de 3 meses⁴¹ y nunca superior al de los 6 de finalización de dichas Diligencias Informativas (art. 5.V EOMF⁴²), habrá de concluirse el proceso de mediación.

La razón de que sea el Fiscal y no el Juez quien dicte esta resolución, se nos manifiesta bastante clara, pues, con independencia de los prejuicios que el Juez de instrucción pueda adoptar sobre la culpabilidad del investigado confeso, que le inhabilitaría para conocer ulteriormente de un juicio por delitos leves, la derivación a la mediación constituye siempre una manifestación del principio de oportunidad y, en cuanto tal, es más propia del M.F., que de la autoridad judicial, siempre sometida, con exclusividad, al principio de legalidad⁴³.

2. La fase instructora

El Decreto de derivación al procedimiento de mediación, dictado, bien por el Letrado de la Administración de Justicia (si se adoptara en el seno de una instrucción judicial), bien por el Ministerio Fiscal en el de sus Diligencias Informativas, habrá de ser minuciosamente motivado, de tal suerte que, en él, se explicitará las Diligencias que lo motivan y la voluntad de las partes del sometimiento a la mediación, se determinará su objeto en el que ha de consistir la mediación y, si resulta procedente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 LEC, decretar o no la suspensión del procedimiento penal.

⁴¹ Según lo dispuesto en el art. 20 de la L. 5/2012: *“La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones”*.

⁴² *«La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado»*.

⁴³ Naturalmente de esta regla general de entrega del atestado al M.F., hay que excluir los procesos en los que el M.F. haya de instar la aplicación de una medida de limitación de algún derecho fundamental, como lo sería la petición de conversión de la detención en prisión provisional, la de un auto de entrada y registro o de intervención de las comunicaciones. En todos estos casos, a los que cabría añadir la previsión de una investigación compleja que exija un multiplicidad de actos instructorios y, por supuesto, cuando no sea factible la práctica de mediación alguna (así, por ej., en los delitos de violencia de género), la policía judicial habrá de remitir el atestado al Juez de instrucción competente.

Dicho Decreto será notificado, en primer lugar, al órgano encargado de la gestión de los mediadores. Por dicho órgano y ante la inexistencia de una Ley de mediación penal, el Protocolo del CGPJ⁴⁴ propone la instauración de “una unidad judicial gestionada desde los servicios comunes de los Tribunales, o bien desde el Decanato o Presidencia del Tribunal, al frente de la cual estuviera un Letrado de la Administración de Justicia o Gestor, con formación específica de mediación” y “de no existir servicio ni unidad en el ámbito común de un tribunal y en tanto no se desarrollen, será en la Secretaría del Decanato o la Secretaría de la Presidencia del Tribunal provincial o autonómico donde se contará con un listado o panel de mediadores, que deberán cumplir los requisitos de formación y experiencia que en cada caso se determinen y se distribuirán entre ellos las mediaciones que se deriven desde los Juzgados y Salas, debiendo comunicarse por el Decanato o Secretaria de Presidencia el mediador asignado en cada caso al Juzgado solicitante” y, en segundo, a las partes (quienes podrían recusar al mediador) y, de modo especial, a la víctima ya que le asiste el derecho a la información de los actos de la justicia restaurativa⁴⁵.

En dicho Decreto, se les informará a las partes de su derecho a comparecer mediante Abogado, debiéndose distinguir: a) en el caso del investigado, su derecho a nombrar Abogado de su confianza, advirtiéndole de que, si no lo efectuara en el plazo que se le designe, se le nombrará de oficio (art. 767 LECrim)⁴⁶, siempre con anterioridad a la primera sesión o “fase de aproximación” (infra. III.2.A), y b) si se tratara de la víctima, hay que ilustrarle de la conveniencia de nombrar Abogado de su elección o de reclamar la intervención de uno de oficio, si concurrieran los presupuestos de la justicia gratuita (arts. 5.1.c⁴⁷ L. 4/2015 del Estatuto de la víctima y 19.3, 21.4, 27.b del R.D. 1109/2015).

⁴⁴ *Protocolo...*, cit., págs. 97-100.

⁴⁵ Arts. 19.19 y 27.k del R.D. 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

⁴⁶ «Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un Abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado».

⁴⁷ “Toda víctima tiene derecho a recibir información sobre: c) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente”.

A partir de ahí comienza ya el procedimiento de la mediación que, aunque sea manifiestamente informal, pudiendo las partes y el equipo de mediación efectuar las etapas que estimen convenientes, la doctrina⁴⁸ señala las siguientes fases que podrían adoptarse: A) la de preparación; B) la de encuentro; C) la de negociación y D) la de ejecución.

Si la mediación hubiera concluido con éxito, se redactará también un acta en el que, tras hacer constar el reconocimiento de hechos por parte del agresor y su voluntad resarcitoria tendrá un doble contenido: a) en cuanto a la pretensión civil resarcitoria se hará constar la existencia de una transacción en la que el investigado, encausado o incluso condenado se obligará al cumplimiento de la totalidad de las prestaciones (definitivas o futuras mediante condición), tras lo cual se ofrecerá dicho negocio jurídico transaccional, para su homologación, a la Autoridad judicial, en cuyo caso tendrá todos los efectos de la cosa juzgada (art. 415.2 LEC), y b') en todo lo referente a la pretensión penal, se ofrecerá al M.F. la realización de un negocio jurídico procesal que, según el estadio procesal de la conformidad, habrá de traducirse, bien en una sentencia de conformidad, bien de fondo, bien en una resolución judicial de suspensión de la ejecución o de sustitución de la pena privativa de libertad⁴⁹.

⁴⁸ Fundamentalmente BARONA VILAR, *Mediación penal...*, cit., pp. 373 y ss.

⁴⁹ Acerca de la impugnación del acuerdo véase MARTÍN DIZ, *Medios de impugnación y mediación penal*, en "Sobre la mediación penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)", Madrid, 2912, pp. 471 y ss.

EL USO DEL DERECHO COMPARADO EN EL DERECHO PROCESAL¹

Juan Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal (Universidad Jaume I de Castellón)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO COMPARADO: SU CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA. III. EL DERECHO COMPARADO ES UN MÉTODO JURÍDICO. IV. EL PROBLEMA DE LAS FAMILIAS JURÍDICAS. V. LAS FINALIDADES DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA. VI. COMPARACIÓN Y TRADUCCIÓN. VII. POSIBLES PELIGROS. VIII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: SU VALOR ACTUAL ES IMPAGABLE.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización del Derecho comparado es usual en los grandes juristas de los países de nuestro entorno cultural, en unos más que en otros, obviamente. No importa su especialidad, prácticamente todos han consultado en sus investigaciones sistemas, instituciones o normas que no son de su país y que no constituyen el objeto principal de su trabajo. Lo curioso es que lo utilizan, pero no lo explican. La pregunta es entonces inescapable: ¿Qué es el Derecho comparado? En este escrito pretendo explicar en forma clara y sencilla qué es el Derecho comparado, qué fines persigue y cómo interactúa con la investigación jurídica. Si se atiende a la realidad y se leen con detenimiento los numerosos y excelentes estudios sobre el concepto de "Derecho comparado", principalmente en lengua alemana, inglesa, francesa, italiana y española, se observará que hoy resulta una materia mucho más compleja de lo imaginable, en donde todos los conceptos se discuten, desde su naturaleza a sus fines, incluso su propio valor².

¹ Este texto homenaje al querido Prof. Martín Ostos es la versión amplia de uno limitado a 8 páginas, por exigencias editoriales, publicado en el libro homenaje al Prof. Diego LUZÓN, Madrid 2020. Dado que el tema merece una mayor atención, he decidido ampliarlo con el fin de, sin superar los límites editoriales más permisivos ahora, expresar mejor y más detalladamente mi pensamiento al respecto.

² Véase, por ejemplo, SOMMA (2015), pp. 149 y ss.

En este sentido:

1º) No es clara, en efecto, su naturaleza. ¿Qué es el Derecho comparado, una técnica jurídica, un saber especializado en nuestra profesión, una asignatura, una estrategia de investigación, un método de investigación³? ¿Qué es realmente, ante qué estamos⁴? ¿A qué viene su gran desarrollo⁵?

2º) No hay acuerdo respecto a sus fines u objetivos. Según se mire el Derecho Privado o el Derecho Público, las finalidades cambian. Para el Derecho Privado es muy importante el Derecho comparado como instrumento de conocimiento institucional y fundamento del Derecho propio; para el Derecho Público en cambio, y en concreto el penal, sirve ante todo para ayudar a mejorar la vida de los ciudadanos. Pero no todos los sistemas son iguales, de hecho hay varias familias de sistemas (v. *infra* ap. IV), con lo cual los objetivos pueden ser distintos⁶.

3º) No todos los países reconocen su valía. ¿Estamos ante una ciencia autónoma? Sólo Italia parece ir por este camino y en algunas universidades se han creado cátedras de Derecho Comparado. Otros sencillamente dedican un poco de tiempo a explicarlo en las cátedras principales (Derecho Internacional Privado, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Penal, Derecho Procesal, etc.)⁷. En las facultades españolas dudo que se le dedique a su concepto más de 1 segundo en clase, aparte de su mera mención, siempre con alguna honrosa excepción, dando por sobreentendido su significado, pasando a continuación a practicar la comparación con sistemas, instituciones o actos jurídicos concretos.

4º) Finalmente, comparar no es fácil ni seguro, porque los peligros son importantes, pues, sobre todo, comparar a veces se reduce a copiar o, mucho peor, sólo a informar.

³ Ampliamente AMBOS (2018), pp. 14 y ss.

⁴ La opinión mayoritaria sea probablemente la de considerar el Derecho comparado un método de investigación, opinión que compartimos. *Vide* inmediatamente *infra* y también MICHAELS, R. (2006), pp. 340 a 342; y HOECKE (2015), p. 7.

⁵ ESER (2002), pp. 9 y ss.

⁶ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 62 y ss.; SOMMA (2015), pp. 80 y ss.

⁷ SOMMA (2015), pp. 45 y 46.

Me pregunto cómo puedo ayudar, en forma clara y directa, a quien debe empezar a manejarse con el Derecho comparado, pues esta densidad conceptual no ayuda al joven investigador que, al principio de su carrera y abrumado ante tanto estudio dogmático sobre el Derecho comparado, sólo quiere saber cómo son las cosas en el país o países, extraños al suyo, que le interesan y, en consecuencia, desea empezar a manejarse bien comparativamente. Me dirijo básicamente, por tanto, a doctorandos y jóvenes investigadores, en un humilde intento de ayudarles a introducirse bien en este ámbito para cosechar inicialmente frutos excelentes que les permita dominar un día todas las complejidades del Derecho Comparado.

No olvido que gracias a la globalización y al espectacular incremento del crimen organizado, y me limito estrictamente a las llamadas Ciencias Penales, se está desarrollando una necesidad acuciante de observar cómo otros países resuelven los mismos gravísimos problemas originados por los crímenes que están ocurriendo en el nuestro⁸. A causa de ello, aquellos conceptos, antes claros y diáfanos, se están complicando demasiado.

Es por ello que el objetivo de esta pequeña contribución es volver a la sencillez metodológica y a la claridad conceptual, para que se entienda indubitadamente qué es el Derecho comparado y para que, despojado de su pesada carga de complejidad, artificial o no, se vuelva a comprender su utilidad⁹.

Desarrollemos brevemente los puntos de mayor interés para el principiante, a saber, su naturaleza, sus fines y sus peligros, añadiendo un comentario al aspecto de la traducción.

⁸ Para JESCHECK (1979), pp. 135 y 136, ello es debido a que el aumento de la criminalidad ha obligado a modificar las condiciones de su lucha desarrollando un Derecho Penal Internacional y Comparado en su ayuda; AMBOS (2018), pp. 10 y 11 y nota 49, considera esta opinión algo exagerada. Yo creo sin embargo que JESCHECK tiene razón, pues el Derecho Penal es muy antiguo y el penal comparado empieza a ser necesario cuando aumenta la criminalidad y su transnacionalidad. En el ámbito del Derecho Procesal Civil es distinto, pues la razón fundamental de su expansión es la creación de organismos internacionales de operatividad y control económico y la consecuente expansión de los negocios a nivel internacional, v. FERRER MAC-GREGOR (2009), p. 280.

⁹ Se suele fijar el siglo XIX como fecha de nacimiento del Derecho Comparado, con la fundación de la *Société de Législation Comparée* en París en 1869, pero la doctrina cita precedentes mucho más antiguos, v. ESER (2002), pp. 4 a 9.

II. EL DERECHO COMPARADO: SU CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de las instituciones es un tema siempre delicado. Es preguntarse por su esencia, por la verdadera razón que justifica su existencia, de manera tal que no exista ninguna otra figura equiparable o asimilable a ella¹⁰.

En este sentido, se ha afirmado que el Derecho comparado es una ciencia, también un objetivo y un método. En mi opinión:

a) El Derecho Comparado no puede ser una ciencia jurídica, porque si lo fuera tendría como contenido principal el estudio de las instituciones que en diferentes países regulan las relaciones de los ciudadanos entre sí y con los entes públicos, al igual que el país que constituye la fuente de partida, pero con fuentes propias y metodología apropiada. Que el Derecho comparado, como dice AMBOS¹¹, sea el fundamento último del Derecho Penal internacional y del Derecho Penal europeo, no lo puede convertir en ciencia jurídica autónoma e independiente dentro del Derecho.

Otra cosa es su carácter científico, indudable para mí, pues sea cual sea su naturaleza jurídica, con el Derecho Comparado alcanzamos saber o conocimientos que sin él no podríamos ni saber ni conocer.

Pero doctrina relevante y de gran peso sostiene que el Derecho Comparado es, por lo menos desde principios del s. XX una ciencia autónoma¹². Dicha ciencia, formada a partir de las diversas soluciones aportadas por los ordenamientos jurídicos extranjeros, estaría al servicio del progreso jurídico de la humanidad y del fomento de la convivencia pacífica entre los pueblos, de manera tal que los modelos de política jurídica investigados en su seno, se implementarían en esos mismos ordenamientos, logrando orientaciones comunes, respuestas similares y, en fin, la unificación internacional del Derecho, o al menos su mayor homogeneización, y por tanto, del Derecho Procesal también, que sería su gran finalidad.

¹⁰ LOIS ESTÉVEZ, J. (1956), pp. 159 y ss.

¹¹ AMBOS (2017), pp. 11 y 12.

¹² SOMMA (2015), pp. 55 y ss., y 150.

Sin entrar en altas cuestiones dogmáticas, pues en este escrito sólo pretendo aclarar, simplificar y facilitar conceptos y su aplicabilidad, no dogmatizar, me parece una opinión muy sugerente, pero de poca ayuda, al menos en el estado actual de la realidad, para quien sólo pretende conocer cómo se resuelven en otro país los mismos problemas que en el propio que está estudiando.

b) Tampoco es un conjunto de objetivos reducidos a un común denominador. Los objetivos o finalidades que se pretenden con el Derecho comparado son unos (v. infra ap. V), y su naturaleza otra cosa distinta.

A veces objetivos y finalidades de una investigación se confunden. Para mí es lo mismo, pues si el objetivo a alcanzar en mi investigación es conocer, por poner un ejemplo claro, cómo se regula el sobreseimiento en Alemania e Italia, es evidente que la finalidad de la investigación es conocer cómo se regula la terminación anticipada del proceso penal, es decir, es la misma que el objetivo.

c) En realidad para nosotros el Derecho Comparado es algo mucho más fácil y mucho más manejable, es un método jurídico, que por su importancia paso a desarrollar en punto específico a continuación.

III. EL DERECHO COMPARADO ES UN MÉTODO JURÍDICO

Creo que es más fácil para el joven investigador si al comienzo de su faceta profesional aborda el conocimiento del Derecho comparado utilizándolo como instrumento de ayuda ordenado y sistematizado, es decir, si considera el Derecho comparado como un método jurídico de investigación científica.

Me explicaré: Comparar en sentido general es "fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o su semejanza"; también es "cotejar" ("confrontar algo con otra u otras cosas, o compararlas teniéndolas a la vista"). Traducir es "expresar en una lengua lo que está escrito o se ha expresado antes en otra"; también significa "explicar, interpretar". Investigar es "realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia". Finalmente, método no es sino el "modo de decir o hacer con orden", el

“procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla”¹³. Coloquialmente se afirma que el método es el conjunto de pasos que hay que dar para hallar el conocimiento.

Estos tres conceptos, comparar en sentido genérico, traducir e investigar, integran la comparación jurídica y constituyen una manera de analizar o de investigar, un método, para llegar a conclusiones científicas ciertas. En mi opinión, el método jurídico no cambia por la utilización del Derecho comparado, simplemente éste se integra en aquél mejorándolo. Y lo hace no en abstracto, sino en concreto, pues siempre se utiliza para alcanzar un conocimiento sobre una institución particular en uno o varios países distintos al nuestro.

El método jurídico, un concepto extraordinariamente estudiado a lo largo de la historia¹⁴, puede comprenderse más fácilmente si entendemos qué pretende resolver: Las personas necesitamos saber más, porque los retos son distintos y de más envergadura conforme pasa el tiempo, y no podemos quedarnos anclados en nuestro propio ser y en nuestra propia historia, es decir, necesitamos saber más para progresar en busca de una vida mejor para el ser humano, más rica intelectualmente, más cómoda vitalmente, más perfecta en materia de salud, más pacífica, más serena, más igual para todos. Para saber más debemos organizar cómo adquirir ese aprendizaje. La vía para ello es el método, también llamado método científico.

El método por tanto nos lleva por el camino correcto para lograr los nuevos o mejores hitos que nos harán seguir marchando hacia adelante. Como es fácilmente colegible, cada ciencia puede tener su método, en el que predominen más los aspectos teóricos, o los prácticos, o ambos por igual.

Pues bien, desde la perspectiva jurídica, se parte de una ley, o de una situación de hecho no reglada, con el fin de interpretarla de la mejor manera posible para progresar o para crearla y que normativice ese progreso. Podemos partir de la ley para llegar a esa conclusión, en cuyo caso estaremos operando deductivamente, o podemos ir de la realidad concreta a la creación de la ley general, en cuyo caso estaremos operando inductivamente.

¹³ Me he basado obviamente en las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

¹⁴ Por todos, FIKENTSCHER (1975-1977), *passim*.

Evidentemente, no todo es tan fácil como parece, puesto que muchas veces no interpretamos la ley, sino un conjunto de leyes, o no sólo la ley, sino también su jurisprudencia y doctrina científica, sobre la que pretendemos aportar nuestra propia opinión. Para una visión completa nos apoyamos en otras visiones metodológicas, como el método histórico, el método teleológico, etc.. En otras ocasiones, no utilizamos "método" sino "técnica", pues lo que queremos es sólo lograr operativamente mejores resultados; finalmente, no es extraño el uso de la analogía para resolver problemas jurídicos, es decir, ni inducimos ni deducimos, más bien parece que estemos investigando "semejanzas".

Si ello es cierto, y creo que lo es, para el investigador *amateur* es mejor acogerse a la idea de que comparar sistemas, derechos e instituciones extranjeras o supranacionales es una manera de trabajar científicamente para conseguir que nuestra propia sociedad progrese adecuadamente. Utilizar el Derecho comparado forma parte, por tanto, del método científico propio de las ciencias jurídicas¹⁵.

IV. EL PROBLEMA DE LAS FAMILIAS JURÍDICAS

El ámbito de la comparación solía reducirse a los derechos más cercanos. Los procesalistas italianos de principios del s. XX aprendieron alemán y dieron a conocer a los creadores del proceso civil de finales del s. XIX (Bülow, Hellwig o Rosenberg) y a los iniciadores del proceso penal de la misma época más o menos (Zachariä, Beling, etc.) en su país. Todos los universitarios italianos de esa época dominaban el francés, con lo que el conocimiento de la doctrina procedimentalista francesa era evidente. Algunos procesalistas españoles aprendieron italiano y así conocieron a los alemanes, a los italianos y a los franceses. Obviamente algunos sabían ya francés y aprendieron además alemán (Prieto-Castro, Fairén, Gómez Orbaneja, etc.), de manera que el acceso a las fuentes era directo. De esta manera, se puede decir que en 1950 España conocía la mejor doctrina procesal civil y penal alemana, italiana y francesa, con lo que una buena comparación era posible.

Si bien la tendencia era acercarnos más a Francia y a Italia, sin duda alguna en primer lugar por la facilidad lingüística, es decir, preferíamos movernos hasta esa

¹⁵ Así lo sostuvo en 1924 RABEL (1967), III, p. 3.

fecha dentro de un mismo sistema común, el surgido de la Revolución Francesa, la ampliación de conocimientos a Alemania hizo que nos tuviéramos que mover en un sistema distinto, surgido y amparado por necesidades culturales, políticas e históricas diversas. La comparación con Alemania ha dado frutos sensacionales desde hace más de 100 años, sobre todo en el ámbito del Derecho Penal.

Hoy es todavía más acuciante, pues aun siendo importante para el procesalismo español, y para muchas otras disciplinas jurídicas, como el Derecho Romano, la Historia del Derecho, la Filosofía del Derecho, el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, atender a la comparación con el sistema común francés (Francia e Italia) y el sistema común alemán (Alemania, Austria y Suiza), lo cierto es que un tercer sistema común se está elevando por encima de todos desde hace unos 60 años, por su sencillez, plasticidad y pragmatismo, el anglosajón (Inglaterra y Estados Unidos), lo que está significando en la realidad actual que el procesalismo español tenga así tres puntos de referencia distintos para la comparación.

Pues bien, a esos sistemas comunes se les denomina familias jurídicas, o círculos jurídicos. Es importante conocerlos, sobre todo los tres más cercanos a nosotros, porque más que la solución a veces la comparación suele ser un problema, si no se tiene claro qué se está buscando exactamente. Las enormes diferencias culturales, históricas, de ordenamientos jurídicos, de fuentes normativas, etc., pesan lo suyo a la hora de tomar cierto tipo de decisiones.

No sin discusión, pues cada autor aporta su propia visión intentando destacar su país y la familia a la que pertenece, vamos a partir de la opinión de los autores alemanes ZWEIGERT y KOCH, por ser en mi opinión la más completa y elaborada. Es además la más pedagógica¹⁶. En su opinión, hay 6 familias jurídicas ("círculos"): 1ª) La familia romana; 2ª) La familia alemana; 3ª) La familia angloamericana; 4ª) La familia nórdico-europea (Derecho escandinavo); 5ª) La familia del lejano oriente (Derecho japonés y Derecho chino); y 6ª) La familia religiosa (Derecho islámico y Derecho hindú)¹⁷.

¹⁶ No nos cabe ninguna duda que presenta aspectos muy criticables. La propia denominación de "círculo" es más que discutible por su atracción egocéntrica (quien manda es el que domina el centro del círculo), pero a quien comience a trabajar el Derecho comparado esto le debe dar igual, siempre que tenga claro que no es más que un método, no una ciencia por sí misma.

¹⁷ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 62 y ss.

Más modernamente SOMMA, por ejemplo, habla de sistemas y familias de sistemas, distinguiendo entre la tradición jurídica occidental, y dentro de ella el sistema de *common law* y el sistema de *civil law*, el derecho socialista, y el derecho latinoamericano como periferia del derecho occidental¹⁸.

Estas clasificaciones atienden a razones históricas y culturales, además de al sistema de fuentes del Derecho y a cómo se va moldeando con el transcurso del tiempo, no únicamente geográficas, étnicas o lingüísticas. Un aspecto importante es la relación de los ciudadanos con la ley, sus valores, sus principios, su desarrollo y su efectividad. En tanto las legislaciones nacionales coinciden, pueden agruparse en familias jurídicas. Pero hay más, las legislaciones a agrupar han de tener un cierto estilo que sólo el Derecho comparado puede evidenciar. Por ejemplo, misma lengua, mismos criterios jurisprudenciales, mismos principios jurídicos, misma evolución histórica, misma mentalidad jurídica, etc.

Veamos sus características principales, siguiendo a los autores alemanes, como quedó dicho:

1ª) La familia romana¹⁹

El sistema más representativo de la familia romana es el francés. Su punto más álgido fue la aprobación del *Code Civil* francés en 1804. En él se asientan los grandes cambios de la Revolución Francesa que afectan al Derecho Privado: La propiedad privada, la libertad contractual, la familia y el derecho de sucesiones. En él se combinaron el Derecho romano (ley escrita) vigente en el sur de Francia y el Derecho francogermano (costumbre) del Norte de Francia, con criterios flexibles, dando lugar a un texto escrito único para todo el país. De una redacción impecable, fue inmediatamente entendido y alabado por toda la población.

Los franceses deciden, cumpliendo con la separación de poderes en una forma al principio un tanto singular, que los jueces concreten en los casos que sean de su competencia las declaraciones generales de la ley.

¹⁸ SOMMA (2015), pp. 80 y ss.

¹⁹ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 73 y ss.

El Código Civil francés se pensó para la burguesía (el tercer estado), de ahí la tremenda importancia de las normas que tienden a protegerla y desarrollarla, como los principios relativos a las obligaciones (obligación de cumplir los contratos, deber de fidelidad entre esposos, obligación de reparar el daño causado, etc.). A pesar de los profundos cambios sociales habidos, que han afectado sobre todo a la familia y a la herencia, y también a la responsabilidad civil, dicho texto legal sigue en vigor en Francia en lo esencial. Obviamente, la jurisprudencia ha tenido mucho que decir en ello con sus continuas adaptaciones de la ley a la realidad.

Provocó también el resurgimiento de la llamada doctrina científica (el investigador jurídico). Al principio la interpretación del *Code* fue demasiado rígida y formal (Escuela de la Exégesis), pero a finales del mismo s. XIX ese método interpretativo cambió en favor de una interpretación social más acorde con las exigencias de los tiempos (Escuela de la Libre Investigación Científica), dando libertad de criterio a los jueces para que no se sintieran atados por la literalidad gramatical de la norma.

Su influencia era de esperar. Poco después de la publicación de la primera codificación del mundo comienza la época llamada de la "Recepción" del *Code Civil*. Se toma como modelo o directamente se traslada en todo o en parte en casi toda Europa, no sólo la latina (Italia, España, Portugal y Bélgica), sino también la no latina (Holanda, Alemania, Suiza, por ejemplo), en la Europa del Este, en Oriente Próximo (Turquía, Egipto, Siria, Líbano), en África (Túnez, Marruecos y Argelia), en Latinoamérica e incluso en América del Norte (Luisiana y Quebec). Unas veces como consecuencia de guerras y dominaciones militares y políticas, otras como consecuencia tan sólo de su enorme valor.

Debemos destacar también que, como consecuencia de la regulación interna, Francia desarrolló un sistema de organización judicial que igualmente sirvió como modelo en esos países, aunque con diferencias importantes en función de las peculiaridades propias.

El fruto principal fue la creación de la *Cour de Cassation*. Al principio fue un órgano auxiliar del poder legislativo, pero pronto se convirtió en lo que es hoy, el máximo órgano judicial en la interpretación de la ley, controlador de la interpretación de la ley hecha en las sentencias de los órganos inferiores y redactor de

la jurisprudencia que debe guiarles. No dicta sentencia de fondo, sin embargo, pues si estima el recurso devuelve los autos para que el tribunal competente dicte sentencia conforme al criterio sentado en casación. Una manera particular de entender el principio de la independencia judicial.

Otra consecuencia muy importante fue la profesionalización de la carrera judicial (y fiscal), cuyo punto central es garantizar dicha independencia judicial.

Es la familia más conocida, obviamente, para nosotros los españoles.

2ª) La familia alemana²⁰

La llamada familia alemana (o círculo jurídico alemán) tiene muchas cosas en común con la familia romana (francesa). Es lógico por la cercanía territorial, lo que da paso a problemas jurídicos, sociales y económicos muy parecidos.

Alemania conoce el Derecho romano muy tardíamente (la Recepción se produce a mitad del s. XV). Pero los efectos de dicha inmersión jurídica son mucho más fuertes que en Francia o en Inglaterra, porque no sólo se conocieron conceptos e instituciones nuevas, sino que también se creó un nuevo pensamiento jurídico.

En la Edad Media germánica existían, evidentemente, normas, pero no había un tribunal real, el poder imperial era débil y por ello se carecía de justicia imperial. El Derecho romano llena esos vacíos y contribuye con su riqueza conceptual e instrumental a resolver los más graves problemas de la sociedad de entonces.

La Ilustración, pensamiento que cambió el centro de la vida, proclamando la dignidad del hombre y la libertad de su ser, afirmando el valor central de la razón, nacido en Inglaterra en el s. XVII y desarrollado por los ilustrados franceses a finales del s. XVIII, dando lugar a la Enciclopedia y a la misma Revolución Francesa, fue la base de la codificación. En Alemania, sin embargo, no tuvo ese efecto inmediato.

En Alemania se preocuparon más por la ordenación y sistematización de las leyes de Derecho privado que por la codificación, encargando al catedrático su

²⁰ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 130 y ss.

enseñanza doctrinaria en la universidad, con poco apego a la realidad práctica. La racionalización se entendió como creación dogmática. No obstante, hubo codificaciones parciales en Baviera y en Prusia, poco significativas.

En este ambiente se desarrolla la Escuela Histórica, con Friedrich Carl von Savigny al frente. La idea central fue que el Derecho es una forma cultural histórica que surge del alma del pueblo. Todo derecho verdadero se basa en las costumbres, cuyos titulares son el pueblo y, como representantes del pueblo, los juristas.

Defienden idealmente el Derecho romano viejo, no el moderno, ni tampoco el surgido con las normas propias alemanas tras la recepción justiniana (especialmente las decisiones jurisprudenciales del Digesto o Pandectas). Positivamente dio lugar a la jurisprudencia de conceptos, método que hoy sigue usándose.

La polémica, dada la influencia francesa del momento, no se hizo esperar, y acabó triunfando el deseo de una codificación del Derecho Civil alemán, especialmente gracias al deseo de unificación legislativa en toda Alemania, tras fructíferas experiencias en materia mercantil y cambiaria, que se logró con el *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896. Pero es hijo de la ciencia surgida en torno al derecho germánico basado en las Pandectas, lo que significó un código dirigido no a la burguesía sino a los expertos juristas, de lenguaje abstracto, muy difícil de entender por la ciudadanía.

La doctrina alemana se sorprende que siendo así más un código viejo (del s. XIX) que nuevo (propio del s. XX), haya durado sin cambios esenciales hasta la actualidad, habiendo pasado Alemania por tantas y tan importantes crisis, especialmente en el período nazi. Ni siquiera con ocasión de la reunificación de Alemania en 1989.

Su dogmatismo y conceptualismo ha impedido por tanto una extensión del Derecho Civil alemán a otros países, comparable con la que hemos visto que ocurrió con el francés. Fue copiado prácticamente en Japón y tuvo una gran influencia en Grecia.

Austria es diferente. En 1811 ya aprobó su *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, hijo de la Revolución Francesa y de la Ilustración. Fue el ejemplo contra el que más intensamente luchó Savigny. Hoy vigente después de numerosísimas

reformas, evidentemente, está escrito en un lenguaje claro y, para la época, moderno.

Con los años ha ido evolucionando de manera diferente al código francés. Que Austria no fuera un país unitario y que no tuviera un Napoleón ha influido decisivamente en ello. Aún así, se tomó en cuenta en Serbia, Bosnia y Croacia, temporalmente también en Venecia y Lombardía, durante la dominación austríaca.

Suiza también ha tenido una evolución diferente. No recibió el Derecho romano en todos sus cantones, sólo en algunos, por lo que su Derecho se basó en las costumbres cantonales, unas propias, otras orientadas hacia lo francés (Ginebra), lo austríaco (Berna) o lo alemán (Zurich), hasta que a mediados del s. XIX surge la idea de la unidad suiza. El *Zivilgesetzbuch* para toda la federación se aprueba en 1907.

Obra de un único autor (Huber), fue completado con el derecho de obligaciones, derecho de responsabilidad por daños y derecho contractual, así como con normas de Derecho mercantil, si bien no es un código como el francés. Goza de un gran prestigio por la modernidad de sus disposiciones y por haberse adaptado perfectamente en muchas de sus disposiciones sociales a los nuevos tiempos. Tuvo una recepción total en Turquía.

3ª) La familia angloamericana²¹

El conocimiento del Derecho inglés sigue siendo complicado para los juristas continentales. La aproximación al mundo jurídico no es a un sistema, a una ley, a su interpretación e incardinación en el mismo, sino al aprendizaje de una técnica jurídica, sujeta a precedentes y grupos de casos, que resuelve la problemática del día a día. Por eso el sistema anglosajón está vinculado a su historia, a su experiencia, no a la lógica. Por eso mantiene durante siglos tradiciones que no cambian.

Inglaterra no se dejó influir en lo esencial de su derecho común ni por el Derecho romano, ni por la codificación. Inglaterra no ha vivido las convulsiones políticas, económicas y sociales de la Europa continental.

²¹ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 177 y ss.

La invasión de los normandos en 1066, al mando de Guillermo I, significa el comienzo de la historia jurídica de Inglaterra. Ellos trajeron la administración feudal, a cuyo frente se sitúa el rey, centro jurídico de la misma. La consecuencia fue, en lo que nos interesa, la formación poco a poco de una justicia también centralizada, distinguiéndose los tribunales para quienes debían pagar impuestos (*Court of Exchequer*) y los tribunales para las reclamaciones comunes (*Court of Common Pleas*).

El tribunal ordenaba, por delegación del Rey, mediante *writs* la comparecencia del deudor a instancias del acreedor. El deudor estaba obligado a comparecer. El desarrollo de estas normas fue con el tiempo muy estricto, de ahí que la ciudadanía propusiera al rey la aplicación de la Justicia con base en la moral y en la conciencia fuera del *Common Law*. Aparecen así en el s. XV los tribunales de equidad, de los que se ocupa el Canciller por delegación real, que fue influyendo poco a poco en las reglas de la costumbre, sobre todo tras la publicación de sus decisiones a finales del s. XVI, apareciendo poco después la *Court of Chancery*. Aparecen nuevos conceptos, hoy algunos muy importantes, como las relaciones fiduciarias. Mejoró el sistema de recursos y desarrolló acciones para prevenir injusticias.

Los abogados se formaban en gremios (*Inn*) hasta el s. XIX, no en las universidades. Esto explica que el sistema de enseñanza del Derecho se base hoy en los casos reales y no en teorías. Es a lo largo del s. XVI cuando se distingue claramente entre abogados ejercientes en las jurisdicciones superiores (*Barrister*) y abogados representantes y consejeros y ejercientes en jurisdicciones inferiores (*Solicitors*). Algunos abogados escribieron libros fundamentales para conocimiento del Derecho inglés (Blackstone).

Los tribunales, dispersos, desconectados entre sí y con múltiples conflictos competenciales, fueron ordenados y unificados por una ley de 1873. En los asuntos civiles son competentes los *Magistrates' Courts*, *Country Courts*, *High Court*, *Court of Appeal* y *Supreme Court of Justice*. Escocia y las Islas del Canal tienen particularidades propias muy relevantes.

La expansión del Common Law en el mundo ha sido enorme gracias al Imperio y a la *Commonwealth*. Un tercio de la Humanidad está sometida a esta familia jurídica.

Podemos destacar Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Canadá. Pero el país más importante es Estados Unidos, no obstante existan enormes diferencias hoy entre el Derecho inglés y el estadounidense, por ejemplo, tienen una constitución escrita, que organiza el país bajo un sistema político federal y que establece una serie de derechos fundamentales que vinculan a los poderes del Estado. Precisamente la coexistencia de dos sistemas legales, el federal y el estatal, hacen que el sistema legal de USA sea bastante complicado.

Tampoco la formación de abogados es igual, pues a mediados del s. XIX se vio la necesidad de organizar los estudios de Derecho en la universidad para un mejor servicio. El método de enseñanza se basó también en el caso práctico, pero haciendo valer los casos más importantes desde un punto de vista más sistemático (método Langdell).

Los jueces se organizan en un sistema federal y estatal también complejo, pues cada estado tiene sus propias particularidades. Generalmente existen varios tribunales civiles de instancia (pueden tener jueces no profesionales), un tribunal de apelaciones, y a veces un tribunal supremo. Los tribunales federales se suelen agrupar para la apelación en distritos muy grandes que afectan a varios estados. El Jurado en lo civil sólo es obligatorio en el sistema federal.

4ª) La familia nórdico-europea (Derecho escandinavo)²²

A partir de ahora me detendré brevemente, por ser de menor interés para nosotros. La familia nórdica comprende los países escandinavos (Noruega, Suecia, Finlandia), más Dinamarca e Islandia. No tiene nada que ver ni con la familia romana, ni con la anglosajona, aunque de ellas algún reflejo obviamente hay. Se destaca que no hay una codificación como en la familia romana (Derecho francés), o en la germana (Derecho alemán).

El parentesco jurídico entre estos países proviene de su historia común, por un lado, Suecia y Finlandia, y por otro Dinamarca, Noruega e Islandia. En la Edad Media el derecho aplicable tenía fuertes raíces germanas. A partir del s. XVII el aislamiento deja de notarse gracias a las relaciones con Europa, empezando a conocerse el Derecho romano. La formación de jueces nórdicos en universidades

²² ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 270 y ss.

alemanas fue determinante para una nueva organización judicial, creándose los jueces profesionales.

Después de ciertos avatares políticos y desastres militares, a finales del s. XIX hubo un intento de unión jurídica de los países escandinavos, que se concretó en una misma legislación para Dinamarca, Noruega y Suecia en materia comercial. Luego se aprobaron leyes sobre compraventa y sobre contratos, así como sobre derecho marítimo. Todas ellas tienen características propias que las diferencian de iguales leyes en las otras familias hasta aquí consideradas.

5ª) La familia del lejano oriente (Derecho chino y Derecho japonés)²³

Países muy lejanos para nosotros, es dudoso que pueda hablarse de una misma familia, porque Japón es una democracia y China no, de ahí que se prefiera hablar de países del lejano oriente.

China se entiende considerando el pensamiento de Confucio (s. VI antes de Cristo), en búsqueda permanente de la armonía del ser humano. Su comportamiento debe atender a los ritos ("li"), de manera tal que el equilibrio presida las relaciones humanas. Con este pensamiento, el Derecho no ocupa ningún plano especialmente relevante. Para el confucianismo los problemas se arreglan negociando. La evolución posterior muestra que su doctrina constituye la base filosófica del estado chino, ya por más de 2000 años, hasta finales del s. XIX, cuando se empieza a sentir la necesidad de aprobar leyes imperiales que propicien la unidad y el comercio. Así, lograron codificar leyes de Derecho Privado basadas en los derechos alemán y suizo. La revolución cultural maoísta (1949-1976) acabó con todo ello. Pero China se encuentra hoy en una evolución curiosa, pues ha reconocido el derecho de propiedad privada, además de aprobarse en los años 80 leyes sustantivas y leyes procesales muy importantes, que no apartan al Estado de su papel político principal.

En Japón las cosas son muy distintas. Tras la influencia cultural china y, en consecuencia, la introducción del budismo en Japón (s. VII y VIII), se vivió un largo período de guerra que sólo se estabilizó a partir del s. XVII. El carácter feudal de la sociedad era notable, muy influenciado por el confucianismo chino. Las disputas

²³ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 289 y ss.

civiles se resolvían fuera de lo judicial entre los mismos afectados. La apertura a lo europeo en el s. XIX permitió una intensificación del comercio impresionante, creando tribunales consulares aplicables a extranjeros, no a japoneses.

Japón encargó a profesores extranjeros la elaboración de las leyes más importantes, a finales del s. XIX, orientadas hacia Francia y Alemania, que no pudieron ser aprobadas. Finalmente, se aprobó el Código Civil (1898) por una comisión japonesa, teniendo como modelos Francia, Inglaterra y Alemania. La organización judicial y el código procesal civil tomaron como modelo el Derecho alemán. Tras la II Guerra Mundial, la influencia norteamericana se extendió por todo el imperio, destacando la constitución de 1946, en donde se reconocieron muchos derechos fundamentales de los ciudadanos, aprobándose el Código Penal y el Código Procesal Penal (1948).

6ª) La familia religiosa (Derecho islámico y Derecho hindú)²⁴

Además de la distancia, el hecho de que sus leyes estén impregnadas de religión hace a esta familia muy distinta a las demás consideradas hasta aquí.

El Derecho islámico (*Saría*) se funda en la voluntad de Dios (*Alá*) y en sus principios, manifestados a través de su profeta Mahoma. La fuente más importante y superior del Derecho islámico es el Corán, a pesar de que principios jurídicos directamente aplicables contiene muy pocos, ya que se trata más bien de mandatos éticos (por ejemplo, la prohibición de sobornar a los jueces), procedentes de las costumbres arábigas imperantes hasta el s. VII.

La primera consecuencia que ello tiene es que estamos ante un Derecho inmutable, pues sin perjuicio de la necesaria adaptación a los tiempos que corren, las decisiones jurisprudenciales no pueden prescindir de la invariabilidad religiosa que impregna la legislación. Además, la ley es voluntad de Dios, no del legislador. Los califas se convirtieron en la primera autoridad política y judicial.

Pero el Derecho islámico no ha podido permanecer a lo largo de los tiempos completamente cerrado a sus principios religiosos. El contacto con otras culturas, por ejemplo, la occidental en Pakistán o en Egipto, hizo que se tuvieran

²⁴ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 296 y ss., y 306 y ss.

en cuenta instituciones anglosajonas en la resolución de determinados problemas, principalmente comerciales, cuando la *Saríá* no decía nada o era inaplicable. En Derecho de Familia apenas ha evolucionado, siendo la situación jurídica de la mujer la misma que hace siglos y si en algo se ha modificado, ha sido porque ha habido un cambio político que le afectaba.

El Derecho hindú es un complejo religioso, filosófico y social que se aplica a los hindúes estén donde estén (hinduismo). Las dos creencias fundamentales (la reencarnación y el *karma*) determinan la vida moral de los hindúes e influyen en sus leyes en forma clara. Su vida social es igualmente influida por la promesa de una vida mejor tras la reencarnación, pues en vida su pertenencia a una clase social (castas), estructurada, jerarquizada y sujeta a normas y costumbres propias, es inmodificable. La Constitución de 1949 prohibió esas normas, que ello no obstante, para la mayoría de los hindúes siguen vigentes.

La India es el país que tiene normas legales más antiguas, mezcladas entre las religiosas (800 a.C.). La influencia de la costumbre en la práctica jurídica es notable. El Derecho actual se basa prácticamente en la dominación colonial inglesa, que respetó muchas leyes y costumbres hindúes aplicables a los nacionales de ese inmenso país, aunque también derogó algunas insostenibles para la cultura occidental (como la prohibición de volver a casarse de una viuda). Aunque ha habido intentos de codificar las costumbres y leyes hindúes, hasta ahora sólo se han conseguido aprobar leyes parciales (Ley de Matrimonios de 1955, Ley de Herencias de 1955, etc.). La norma anglosajona es hoy subsidiaria respecto al Derecho hindú.

En conclusión, por tanto, una vez vistas resumidamente cada una de las familias jurídicas, debo decir que el joven investigador que quiera empezar a manejarse cómodo dentro del Derecho Comparado, va a tener que decidir qué país ha de escoger y, una vez decidido, conocer lo esencial de la familia jurídica a la que pertenece, porque ello le ayudará y mucho a identificar plenamente las instituciones, sus antecedentes, características, efectos y particularidades más importantes.

V. LAS FINALIDADES DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

La doctrina discute también sobre qué se proyecta el Derecho comparado y qué objetivos (fines) pretenden conseguirse. Al final ha conseguido poner la cota

muy alta por lo denso, enmarañado y dificultoso de su comprensión, cuando en realidad es todo mucho más fácil.

Desde el primer punto de vista, referido estrictamente a lo procesal, se dice que la comparación puede afectar a temas muy generales, como comparar dos sistemas jurídicos; a temas más concretos, como comparar una institución, v.gr., el derecho de defensa; o a temas muy particularizados en donde la base de la comparación es una o pocas normas, como por ejemplo si la víctima tiene derecho a ser parte en el proceso penal o no²⁵.

Al principio me parece más acertado conocer el sistema, pues sólo así logramos ubicar la institución o el aspecto particular que nos interesa. Claro, eso significa tener que invertir mucho más tiempo y esfuerzo, pues lo general es siempre más amplio. Sin embargo, esta opinión no deja de ser una manera de verlo, porque quien se inicia en la investigación suele abordar un tema concreto y, por tanto, en principio la utilización del Derecho comparado que va a necesitar, según esa clasificación es la institucional, porque para él lo importante es estudiar si la regulación de un país concreto o un grupo reducido de países mejora la situación de su propio país. No es descartable una visión más amplia, universal y regional, pero no es usual ante las mayores dificultades que comporta.

Tomada esa decisión, qué se pretende con la utilización del método comparatista. En mi opinión, destacaría dos aspectos, sobre los que hay un acuerdo doctrinal amplio²⁶:

1º) Comparar para conocer: Lo primero que pretende el doctorando al iniciarse en el Derecho Procesal Penal (o civil) alemán, italiano o estadounidense, por ejemplo, es conocer su sistema y, una vez tiene una sólida idea sobre el

²⁵ JESCHECK (1979), pp. 136 y ss., ha hablado de comparación de temas universales (como los derechos humanos aplicables al proceso penal en todo el mundo), de temas regionales (como la situación del proceso penal en su conjunto en la Europa del Sur), y de temas institucionales (por ejemplo, el principio de oportunidad en Estados Unidos, en Alemania y en España).

²⁶ JESCHECK (1979), pp. 146 y ss.; AMBOS (2018) pp. 11 y ss.; JUNG (1998), pp. 9 a 11; GASCÓN INCHAUSTI (2018), pp. 1008 y ss.; SOMMA (2015), pp. 57 y ss.; ESER (2002), pp. 9 y ss.; RUSCH (2006) pp. 2 y 3; MICHAELS (2006), pp-363 y ss.; HOECKE (2015), pp 7 y ss.; RHEINSTEIN (1968), pp. 415 y ss.

mismo, profundizar en la institución que le interesa²⁷. El Derecho comparado opera así como fuente de información de primer orden.

Este objetivo, primario, implica conocer antes más que bien la institución en el país principal en que se va a desarrollar la investigación, en nuestro caso, en España. Una vez conocido el concepto, naturaleza, características, requisitos y, en su caso, procedimiento, resolución y efectos en el Derecho interno, idéntico análisis, en la medida de lo posible, debe hacerse con el país o países a comparar, destacando las coincidencias y las diferencias y en qué puntos, si fuera el caso, las soluciones que aporta el Derecho comparado y su práctica son mejores que en nuestro país. Detectar los problemas internos a través del Derecho comparado es así un objetivo extraordinariamente fructífero.

2º) Comparar para orientar y apoyar al legislador interno: La comparación que se realice en la tesis, o en cualquier investigación, y que un día se publique en forma de libro o de artículo, persigue igualmente ilustrar al legislador patrio para que mejore la legislación interna en todos aquellos aspectos modificables, ofreciendo como prueba la mejor legislación extranjera que se ha estudiado comparativamente.

Aquí se incardinan los conocidos aspectos de comparación de tradiciones jurídicas, no exentos de problemática ni de complejidad, en cuanto esta metodología sirve para acercarlas y homogeneizarlas²⁸.

Sirve así para mejorar nuestras leyes y nuestra práctica, homogeneizando soluciones que ayudarán a los ciudadanos a vivir en países jurídicamente mejores y más justos. Ciertamente, también puede servir para nada, en el caso de que nuestra institución sea mejor o no nos satisfaga la regulación extranjera estudiada.

²⁷ Uno de los primeros comparatistas lo puso de manifiesto inmediatamente, v. RABEL (1967), III, pp. 20-21. V. también ZWEIGERT / KÖTZ (1996), p. 14.

²⁸ SOMMA (2004), pp. 200-205.

VI. COMPARACIÓN Y TRADUCCIÓN

No suele hablarse mucho de una de las condiciones de la comparación, para mí absolutamente clara y necesaria, pero que los eruditos sobre el tema suelen deslindar de ella, a saber, la traducción. En mi opinión, la traducción es un pilar básico de la comparación, como ya anuncié antes.

No creo posible el estudio de instituciones extranjeras y mucho menos de un proceso penal en su conjunto, por ejemplo, de los Estados Unidos, de Inglaterra, de Alemania, de Italia, de Francia o de Portugal, sin un amplio conocimiento de la lengua en que están redactadas las leyes, la jurisprudencia y los estudios doctrinales a tomar en cuenta en el país o países concretos de que se trate²⁹.

Ciertamente no se puede exigir a nadie hablar, leer y escribir la lengua extranjera como la propia, esto es imposible para personas que no han tenido padres bilingües, pero sí debe ser exigible el dominio correcto de la lengua o lenguas extranjeras con las que vamos a trabajar, de manera que no haya duda alguna en cuanto al significado, literal y literario, de lo que vamos a leer para luego, traducido a nuestro idioma, aportarlo a nuestra investigación vertiendo exactamente el mismo sentido y alcance que en el idioma original tiene, salvo que la inexistencia de correlación nos obligue a aproximaciones³⁰.

Una manera magnífica de saber hasta qué punto se domina una lengua, y en concreto el lenguaje jurídico de la misma, es traducir un texto legal, una sentencia, un libro o un artículo escrito, por seguir con los países citados, en inglés, alemán, italiano, francés o portugués, al español³¹. Por descontado, hay que olvidarse, al menos de momento, de los traductores automáticos que proliferan en Internet, pues su uso suele empeorar las cosas.

²⁹ V. MORÁN (2002), p. 523.

³⁰ En el proceso penal anglosajón no existe la querrela. ¿Cómo traducirla? No es ni la *Complaint*, ni tampoco la *Indictmen*, ni se le parece. Inversamente; en el proceso penal español no existe el *Klageerzwingungsverfahren* alemán (§§ 172 y ss. StPO), ¿cómo traducirlo? ¿procedimiento para forzar la acusación, procedimiento para la decisión sobre si la acusación debe formularse? Sin una explicación adecuada, parece de entendimiento muy difícil, v. GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, cit. en nota 38, p. 344 y N. del T.

³¹ “Traduttore, traditore”, dijo ORTEGA Y GASSET, J. (2013), p. 8.

Los españoles solemos despreciar el estudio del italiano y del portugués porque creemos que son muy fáciles y que no hay problemas en la traducción. Discrepo de esa opinión. El lenguaje jurídico, al ser técnico y especializado, es difícil en todos los idiomas, también en italiano y en portugués. La juventud actual huye del alemán por considerarlo imposible de aprender, ignorando que al obviarlo pierde el acceso al auténtico saber procesal, pues las fuentes de conocimiento del proceso penal en lengua alemana son para España las más importantes desde hace siglos. También desprecia el francés porque, mal aconsejado, entiende que los franceses ya han dicho todo lo que tenían que decir en el proceso penal. Sólo queda el inglés, por el que manifiestan una adhesión y apego sin precedentes, asumiéndolo como única lengua foránea que vale la pena aprender. Es la lengua franca de hoy y del futuro, nada que se publique en lengua distinta al inglés tiene posibilidades de éxito.

Craso error. Los anglosajones desprecian, generalmente, la ciencia jurídica continental europea, nos consideran países inquisitivos, cuya Justicia penal es incapaz de llegar a una sentencia justa, o al menos tan justa como las que se logran con el sistema adversarial. Aunque tiene su propia sistemática y dogmática, son muy alejadas de la alemana, italiana o española. De hecho, los procesos penales anglosajones y el alemán o el español son absolutamente distintos, de momento. Mientras en Europa continental nos hemos preocupado, partiendo de la ley, de construir un sólido edificio empezando por los cimientos y acabando por el techo, de forma lógica y ordenada, el mundo anglosajón lo ha ido construyendo poco a poco partiendo de la realidad, es decir, de los casos que ha tenido que resolver su judicatura, no importando si antes de instalar la base de cemento de la casa se plantaban árboles en donde deberá ir el jardín. El proceso penal adversarial anglosajón es muy distinto al proceso penal reformado o acusatorio mixto revolucionario francés, lo que obliga a extremar las medidas de precaución comparatistas. Y, lo que es más importante, tiene en la actualidad tantas debilidades (Jurado, justicia negociada, víctima del delito, mediación, etc.), que dudo mucho que nos sirva para algo más que para conocer su existencia.

Pero para llegar a estas conclusiones hay que saber inglés, hay que saber inglés jurídico y hay que haber traducido un libro, un artículo, una ley (las *Federal Rules of Criminal Procedure*, por ejemplo, o las *Federal Rules of Evidence*), o una sentencia importante. Sin embargo, ¿qué pocas traducciones existen del ámbito del sistema procesal penal anglosajón? Algunas se han hecho indirectamente de

la versión italiana francesa o alemana de libros escritos en inglés³², pero comparado con las traducciones al español que existen del alemán o del italiano, qué poco material existe de buenas monografías en inglés³³. La excusa que se suele dar de que no traduzco porque ya sé perfectamente inglés no nos sirve, porque en nuestro medio no basta con afirmarlo, hay que demostrarlo.

Sin embargo, traducciones de libros como el manual de GOLDSCHMIDT, o el manual de JESCHECK³⁴, hechas por autores que sí saben alemán jurídico y muy bien, demuestran su enorme utilidad.

La traducción por ello, estimado joven investigador, vale la pena. Es el test de confiabilidad previo para demostrar a la sociedad jurídica que dominas una lengua extranjera y que, si lo superas, puedes lanzarte para siempre ya a comparar con base rigurosa, cierta y segura.

VII. POSIBLES PELIGROS

Finalmente, el devenir por la senda comparatista no es siempre un camino seguro. Acechan peligros. Antes lo he afirmado cáusticamente, ahora afirmo que el estudio de sistemas jurídicos extranjeros, de su proceso civil o de su proceso penal, o de instituciones concretas de los mismos puede hacerse de tres formas distintas, todas ellas recomendables para quienes empiezan a moverse en este mundo:

a) Una primera posibilidad es, sencillamente, describir cómo es el proceso o la institución objeto de investigación en España en el país o países que se quiere ampliar. Tiene la ventaja de que así se conoce, en un apartado específico, cómo está organizada jurídicamente esa institución.

³² Por ejemplo, la traducción de GASCÓN INCHAUSTI del libro de HAZARD y TARUFFO (2006), "La justicia civil en los Estados Unidos", Ed. Aranzadi, Pamplona, tomada de la versión italiana y no del original en inglés.

³³ Destaco la traducción de FIDALGO GALLARDO del libro de PIZZI, W. (1999), *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Ed. Tecnos, Madrid.

³⁴ El primero, traducción efectuada por PRIETO-CASTRO del manual "Derecho Procesal Civil", de James GOLDSCHMIDT, en 1936 (Ed. Labor, Barcelona); y el segundo, traducción efectuada por MUÑOZ CONDE y MIR PUIG del "Tratado de derecho penal: Parte general", de Hans-Heinrich JESCHECK en 1981 (Ed. Bosch, Barcelona).

Por ejemplo, al doctorando español le interesa conocer, en una investigación española sobre la víctima del delito, qué régimen jurídico tiene la misma víctima del delito, en un país o en varios países extranjeros, de manera separada, sin mezclar con el estudio español³⁵.

Esta manera de utilizar el Derecho comparado es sólo útil si la comparación pone de manifiesto las semejanzas y las diferencias entre los sistemas comparados, y sólo también si se hace desde un punto de vista crítico, no únicamente descriptivo o informativo.

En otro caso, hay un peligro evidente: Comparar para copiar, del que todo comparatista debe huir siempre. Nadie debe comparar para trasladar sin más la institución al país de origen del investigador, cuyo sistema jurídico constituye su principal base de estudio, docencia e investigación. No sirve para nada, porque para que tenga éxito debe comprobarse antes que el sistema extranjero analizado funcionará en el país de destino. Nuestra historia jurídica demuestra, con creces, que las instituciones extranjeras que se copian para España sólo han funcionado si se despojan en origen de sus fracasos y debilidades y se fortalecen en destino con lo que está funcionando bien, con lo cual en realidad han dejado de ser una copia, porque se ha hecho un análisis crítico³⁶.

Pero copiar no es el único peligro. Hay una cierta tendencia si sólo se cuenta lo que pasa en otro país a informar asépticamente, y eso no es bueno. Es como decir que en Alemania también hay tribunales y que en ellos se resuelven los conflictos de la gente como en España. En suma, se da pura información, sin análisis crítico alguno, inútil en sí misma.

³⁵ Esta modalidad, en su forma crítica constructiva, la he utilizado en mi libro GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito* (2ª ed.), Ed. Aranzadi, Pamplona 2015, en donde comparo la situación española con la de Estados Unidos (pp. 41 y ss.), Alemania (pp. 131 y ss.), e Italia (pp. 154 y ss.); también en mi libro GÓMEZ COLOMER, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Ed. Librería Bosch, Barcelona 1988, trato Alemania (pp. 23 y ss.), e Italia (pp. 51 y ss.), comparativamente con España.

³⁶ La importación de procedimientos acelerados para acortar la extraordinaria duración del proceso penal español sería el mejor ejemplo, v. los *speedy trials*, los *Schnellverfahren* y el procedimiento abreviatio, respectivamente en los sistemas estadounidense, alemán e italiano. Ni allí funcionan como procesos rápidos, teniendo en algún caso un sentido completamente diferente al conceptual, ni por supuesto en España tampoco.

También es preocupante constatar en quienes sólo copian la ignorancia de lo que están copiando, porque al preocuparse sólo del trasplante ignoran las razones y fundamentos de lo que van a trasplantar, con lo cual su aportación es absolutamente negativa al no poder explicar su decisión. Suele darse en quienes disponen de poco tiempo y necesitan a toda costa "méritos" y, sobre todo, en quienes no dominan el lenguaje jurídico del idioma en que está redactado el texto a copiar y traducen intuitivamente sin rigor conceptual alguno. Al final lo que sucede con estos pésimos comparatistas es que contribuyen a romper con la tradición interna, probablemente mejor que la comparada, y a perder cualquier capacidad crítica, tan importante en una buena comparación³⁷.

b) Una segunda posibilidad es, dentro del esquema o índice de los temas a tratar en el Derecho español, ir incorporando oportunamente cada aspecto del Derecho comparado que interesa comentar críticamente, bien porque es igual, bien porque es diferente a la regulación española.

Este método es más fructífero que el anterior, aunque no siempre es posible. Si lo es, permite ser más profundo, más crítico y hallar una mejora de la regulación más fácilmente, porque lo que interesa, siguiendo con el ejemplo, no es conocer la regulación de la víctima en Alemania, sino si la víctima del delito puede obtener la reparación del daño sufrido acumulando en un mismo procedimiento su acción civil a la penal o, al contrario, no es posible. El estudio particularizado de esta sola cuestión llevará a una comprensión exacta de las razones por las que el ordenamiento alemán y el español son distintos, cuál es la práctica respectiva, cómo es el grado de satisfacción jurídico y social y en qué aspectos concretos puede mejorarse lo que funcione mal.

Pero tiene un peligro, la dispersión conceptual. Si desgranamos la institución en varios subapartados mezclados con los que constituyen el objeto principal de nuestra investigación, difícilmente tendremos una idea completa y exacta de la misma.

c) Finalmente, también comparamos cuando analizamos el sistema del país extranjero íntegramente, sin comparar con tu país, sin perjuicio de alguna nota aclaratoria. La opción es muy buena, porque implica meterte en el núcleo

³⁷ Vide GASCÓN INCHAUSTI (2018), p. 1024.

jurídico del país a comparar, elaborando un manual como si fueses profesor en una universidad del país extranjero a comparar y en ella lo tuvieras que explicar, cuando en realidad es un libro de consulta, muy útil, pero para nacionales de país distinto al investigado. Al ser obra de tu propia construcción, tú decides qué trabajas, no ha decidido otro por ti escribiendo el libro a traducir³⁸.

Los frutos de esta modalidad son extraordinariamente rentables desde el punto de vista científico. Si tu obra está bien hecha, puede ser un texto de referencia de por vida³⁹. Pero ahí está el peligro, pues debe estar muy bien hecha y al no haber estudiado ese sistema en la universidad y no ser nacional del país en el que rige la ley que da base al mismo, hay un riesgo elevadísimo de no entender bien conceptualmente alguna institución transversal, de leerla equivocadamente, o de traducirla mal y cometer un error garrafal, que también perdurará de por vida.

VIII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: SU VALOR ACTUAL ES IMPAGABLE

Hasta aquí, querido joven investigador, mis breves palabras. Me gustaría terminar mi exposición dándole unos consejos, a manera de resumen. Si quiere iniciarse en el atractivo y gratificante mundo del Derecho comparado:

1º) Conozca muy bien su sistema jurídico y acierte con su tema de tesis o de investigación.

³⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, en donde comencé explicando el proceso penal alemán en más de 200 páginas, a continuación traduje la StPO alemana y sus leyes complementarias más importantes, luego elaboré un índice que fuera realmente útil para el lector de habla hispana, y finalmente consigné un diccionario técnico germano-español. Una obra de 630 páginas que trabajé en solitario y que me costó 5 años de a veces muy difícil trabajo. En el prólogo a esta obra, JESCHECK (1985) destaca su ostensible valor como fundamento del Derecho comparado. Muchos años después hice lo mismo con el sistema procesal penal americano, pero ya ayudado de un potente equipo investigador, todos ellos excelentes comparatistas, v. GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, *passim*.

³⁹ Como sucede con la traducción de la *Zivilprozessordnung* alemana hecha por PRIETO-CASTRO en el manual de GOLDSCHMIDT, cit., pp. 775 y ss., probablemente la mejor traducción jurídico-procesal del alemán escrita hasta la fecha.

2º) Estudie el sistema, proceso o institución extranjera que quiera investigar como si fuera un nacional del país afectado que está empezando la carrera.

3º) Conozca muy bien la lengua o lenguas del país o países que quiere estudiar, no sólo la coloquial, sino sobre todo y también la jurídica.

4º) Traduzca algo interesante para chequear previamente su valía.

5º) Analice críticamente su sistema, proceso o institución y haga lo mismo con la extranjera.

6º) Ni copie ni se limite a dar información cuando compare.

7º) Si la comparación no beneficia a España, olvídela, no interesa.

Bibliografía

AMBOS, K. (2018), *Estado y futuro del Derecho comparado*, Revista Penal, núm. 41, pp. 5-26.

ESER, A. (2002), *Funzioni. Metodi e Limiti della Ricerca in Diritto Penale Comparato*, Diritto Penale, XXI secolo, vol. 1, pp. 1-37.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2009), *Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional y Comparado*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 13, pp. 267-305.

FIKENTSCHER, W. (1975-1977), *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 tomos, Ed. Mohr, Tübingen.

GASCÓN INCHAUSTI, F. (2018), "Metodología comparada y Derecho Procesal: Algunas consideraciones y propuestas", en Cachón-Franco, *Derecho y Proceso. Liber amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Ed. Atelier, Barcelona, vol. II, pp. 999-1025.

- HOECKE, M. VAN (2006), *Methodology of Comparative Legal Research*, Law and Method, pp. 1-39.
- JESCHECK, H.H. (1979), "Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform", en Kaufmann-Bemmann-Krauss-Volk, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, Ed. C.H. Beck, München, pp. 133-154.
- JESCHECK, H.H. (1985), "Prólogo" a GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán, Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, pp. 7-10.
- JUNG, H. (1998), *Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*, JuS, pp. 1-7.
- LOIS ESTÉVEZ, J. (1956), *Sobre el concepto de "Naturaleza jurídica"*, Anuario de filosofía del derecho, N° 4, pp. 159-182.
- MICHAELS, R. (2006), *The Functional Method of Comparative Law*, en Mathias Reimann / Reinhard Zimmermann (Eds.), "The Oxford Handbook of Comparative Law", Ed. Oxford University Press, Oxford, pp. 339-382.
- MORÁN, G.M. (2002), *El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 6, 2002, pp. 501-529.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1983), "Miseria y esplendor de la traducción", ensayo publicado en varios ejemplares del Diario La Nación (Buenos Aires), entre mayo-junio 1937; y en *Obras Completas*, vol. V, Ed. Revista de Occidente, Madrid, pp. 431-452. Aquí se cita la versión de 2013 de *Scientia Traductionis*, núm. 13, pp. 5-50.
- RABEL, E. (1967), *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, en Hans G. LESER (Hrsg.), *Rabel Ernst, Gesammelte Aufsätze*, Ed. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, Band III, pp. 1-21.
- RHEINSTEIN, M. (1968), *Comparative Law – Its Functions, Methods and Usages*, *Arkansas Law Review*, núm. 22, pp. 414-425.

- RUSCH, A.F. (2006), *Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung*, Jusletter 13 Februar 2006, pp. 1-11.
- SOMMA, A. (2004), *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 109, pp. 169-205.
- SOMMA, A. (2015), *Introducción al Derecho comparado* (trad. Conde Naranjo), Ed. Universidad Carlos III, Madrid.
- ZWEIGERT, K. / KÖTZ, H. (1996), *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3ª. ed.), Ed. JCB Mohr, Tübingen.

LAS COSTAS Y LA TUTELA JUDICIAL

Elena Gómez de Liaño Diego
Profesora de Derecho procesal (Universidad de Salamanca)

En homenaje al Profesor Martín Ostos con motivo de su jubilación

I. La tutela judicial efectiva desde su inclusión en el texto constitucional ha merecido la precisa atención de la doctrina¹ y jurisprudencia en especial del Tribunal Constitucional, que llenado volúmenes enteros de razonamientos y desarrollos, desacompañados con la cruda realidad de un derecho que está lejos de ser efectivo, ser eficaz, como su propio planteamiento pretende, en especial en orden al libre acceso a los tribunales, o a la Administración de Justicia, con mayúsculas, como uno de los logros trascendentes del Estado de Derecho, en una sociedad moderna.

Sin embargo la preocupación es permanente, y en algunos de las últimas Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, celebradas en La Coruña, el tema propuesto fue precisamente el de acceso a la Justicia, y en él se pusieron de manifiestos las carencias del sistema.

Los profesionales del derecho que día a día somos testigos del ceremonial forense, mostramos siempre que podemos nuestra preocupación por un orden de cosas, próximo al desorden en algunas ocasiones, sin que los avisos y llamadas de atención lleguen con una mínima audiencia ante los poderes públicos, atentos, muy atentos a sus elecciones y sus votos, quedando muy lejanas las quejas y desazones de los justiciables, que contemplan como sus derechos no alcanza esa pretendida tutela.

¹ SENTIS MELENDO, *La imposición de costas al vencedor*.- R D P r i v., año 1935, núm. 256, Tomo 22, pág. 48 (-ALLORIO; *Reflexiones sobre la disminución de la litigiosidad*. - en Problemas de Derecho Procesal (Trad. de Sentis Melendo), Tomo-I, Buenos Aires 1963, pág. 233-.) BECEÑA, F.; *Costas en el procedimiento civil*. RDPriv., año X, - núm. 101, 15 febrero 1922, pág. 51.- CHIOVENDA, *La condena en costas*. Madrid 1928, Edit. Rev. Der. Priv. Trad. de Juan A. de la Puente; Notas y concordancias, - con el derecho español de Xirau.

II. El instrumento adecuado para conseguirla es el proceso judicial, al que tantas veces venimos dando vueltas y más vueltas, tratando de encontrar soluciones con reformas y contrarreformas, que no han sido precisamente acertadas, como aquellas relativas a limitación de recursos, que dividen a los justiciables en dos clases: los pudientes de litigios cuantiosos, y los modestos. Aquellos gozarán de toda clase de recursos que a estos se les reduce o eliminan. Pero en el punto de salida, de acceso al proceso el panorama que se le ofrece es realmente penoso, porque se le abre una especie de túnel, largo, muy largo, que no se sabe cuándo terminará, lleno de obstáculos formales, plazos, cuantiosos gastos y un resultado incierto.

Me parece que en la actualidad el litigante es un guerrero lanzado a una lucha insegura, costosa, y peligrosa por sus posibles consecuencias.

III. Me voy a centrar especialmente en el tema de las costas, de reconocida importancia, y que con las adiciones experimentadas del IVA, en las minutas de abogados y procuradores y aranceles de peritos, y algún otro aditamento, las hacen absolutamente insoportables. Puede que parezca un asunto menor, prosaico, y lejano a los grandes estudios sobre la acción, la jurisdicción y el proceso, que nos han entretenido muchos años, mientras el justiciable se debatía y trataba de salir a flote en el ese mar proceloso de la realidad forense, olvidándonos a veces de que todo el planteamiento procesal va dirigido, o debe de ir dirigido, a la mejor solución de los conflictos, esa mejor solución no es compatible con dilaciones y gastos tantas veces desproporcionados. He conocido un juicio ordinario de 21.500€ de cuantía que después de dos años de trámites normales, conciliación, primera instancia y recurso de apelación, las costas ascendieron a 19.625€, de ambas partes porque la condena en costas que en ambas instancias va unida a la desestimación, con la carga fiscal del 21%, en un asunto con buenas perspectivas de estimación. Es cierto que las minutas tienen un límite en la ley procesal, pero sumadas tantas partidas de gastos de ambas partes, aun dentro de ese límites pueden llegarse a esas cuantía.

Alguna jurisprudencia, admite que las costas tienen un efecto disuasorio² y aunque es la realidad, no está en consonancia con el adecuado planteamiento

² A. CASTAN, en *Alcance expansivo de la reclamación de las costas procesales*. En Derecho.com, de 21.3.2018, analiza una sentencia que contiene esta doctrina.

del libre acceso, que no debe presentar efectos disuasorios, porque va en contra de su propia definición, si es libre nada debe persuadirnos de que no lo utilicemos, pero lamentablemente es así.

La importancia del tema es destacada por la doctrina, mereciendo la debida atención, con especial mirada en el momento presente, planteándose la oportunidad de revisar los criterios de su imposición abandonando el objetivo del vencimiento por la necesaria discrecionalidad de los tribunales. Me congratula especialmente la dedicación de su importante monografía que pretende ser un sentido homenaje a Procuradores, Abogados, Jueces y Magistrados. Todos estos operadores jurídicos hacen posible con su trabajo diario, que de forma constante se profundice en las razones que sostienen nuestras leyes, y que se sigan encontrando soluciones (legales) más equitativas³.

Que desde la doctrina más autorizada se haga un reconocimiento a nuestra labor que por estar a pie del quehacer diario de los tribunales, conociendo sus problemas de forma muy directa, pues el tema que trato ha surgido precisamente de mis conocimientos profesionales, que me han llevado a pensar y meditar sobre las necesidades de esa reforma.

IV. REFORMA QUE YA HA LLEGADO A PLANTEARSE A NIVEL OFICIAL

El 14 de septiembre de 2017, la Mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados acordó admitir a trámite una proposición de ley de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en materia de costas del proceso.

El Grupo Parlamentario Socialista pretende con ella, entre otros objetivos, matizar el principio del vencimiento objetivo, según el cual se imponen las costas del proceso a la parte que ve totalmente desestimadas sus pretensiones.

³ SÁNCHEZ MOVELLÁN. *La imposición de las costas en la primera instancia civil. Legalidad y discrecionalidad*. Reus-2019.

Por razones varias el proyecto no consiguió su aprobación definitiva, es especial por la conclusión de la legislatura, pero el problema sigue ahí, y a lo mejor alguien se acuerda del mismo, pues razones las hay mas que suficientes para el cambio de criterio. Como argumentos principales pueden señalarse los siguientes:

1.- Es prácticamente imposible predecir el resultado final de un proceso judicial, de manera que pueden quedar sin esta tutela judicial pretendida aquellos casos que presenten cuestiones jurídicas o fácticas discutibles, por el miedo a las consecuencias económicas de las costas.

2.- Cabe el error judicial, que se ve agravado por el mismo motivo.

3.- No debe tenerse en cuenta esa pretendida justificación de elemento disuasorio, pues constituye un obstáculo, al libre acceso a los tribunales.

También alega que es un atentado a la dignidad del abogado, porque queda en un mal lugar. Con ello se está dando a entender que el abogado asesor de la parte perdedora, es, cuando menos, un ignorante, que no ha sabido ver lo que el juez columbra con sólo ojear el expediente, es decir, sin el especial estudio ni atenta reflexión exigidos por unas eventuales dudas de hecho o de derecho; dudas cuya existencia habría exonerado a la parte vencida de pagar las expensas del contrario⁴.

Sin embargo este último no me parece definitivo porque ellos significaría que cuando el abogado que pierde un pleito, se está atentado a su dignidad pues igual puede aplicarse al que se opone a un demanda. Hay que partir de la buena fe del abogado⁵, y de este actúa pensando en la bondad se su pretensión,

⁴ Así lo entiende GUERRA GONZÁLEZ. El principio del vencimiento objetivo y la dignidad de la abogacía. En "Abogacía Española" Consejo General. De 8 de febrero de 2018.

⁵ GUERRA GONZÁLEZ, op. cit., pág. 16: "Me niego a creer que todos los abogados que, en nombre de sus patrocinados, han pedido algo que les ha sido denegado en su integridad, lo hayan hecho ignorando la evidencia de la realidad y de la ley. Puede ocurrir, por supuesto, que alguno ampare la mala fe o la temeridad de su cliente o, si se me apura, le asista en su deseo de "jugar a la lotería" de la justicia. Si tal ocurre y se acredita, lógico es que la parte perdedora actuante con aviesa intención sea condenada a pagar las costas de la parte perjudicada por su comportamiento. Pero mientras ese proceder no se demuestre, reconózcase a los abogados que intervienen en los procesos, su probidad, su lealtad y su veracidad, y respétese, por tanto, su dignidad profesional".

pues hoy precisamente por las consecuencias del vencimiento se valora y se estudia mucho el ejercicio de cualquier acción, lo que no impide pensar la que actuación de algunos abogados es temeraria, y se le debían de imponer al mismo las costas⁶.

También se escribe sobre un posible atentado a la jueces por su equivocaciones al resolver e incluso a la Administración de Justicia, por su deficiente organización⁷ No comparto la opinión de que el criterio del vencimiento puede tener ese alcance, ya que la propia discusión propia del proceso determina aceptar una solución, sin que ello se le deba anudar alguna consecuencia, e incluso el error judicial se encuentra dentro de su actividad humana, lo cual no debería impedir que los tribunales superiores pudieran imponérselas al juez en casos de grave extravío, pues de todo hay en la viña del señor. En cuanto a la Administración de Justicia, sus deficiencias no deben relacionarse con el criterio del vencimiento. Es impensable una norma al respecto, aunque algunos casos, aunque pocos son auténticamente demenciales. Los he conocido en los que ha intervenido en la primera instancia cuatro jueces diferentes, y denunciado esta "anomalía" en el recurso de apelación se pasó por alto.

No pueden desconocérselos argumentos a favor del sistema objetivo o del vencimiento que gozo que gran predicando en un sector doctrinal⁸. E incluso puede decirse que fue un criterio prevalente en el que se inspiraron algunas reformas⁹. Se basaba principalmente en la presunción de que el vencido era el causante del proceso, y conforme al principio causalista base y razón de la condena, resultaba procedente.

⁶ RAMOS MÉNDEZ. La imposición de costas al abogado. "Justicia" núm. 4, 2007, pág. 8.

⁷ GUERRA GONZÁLEZ. trab. cit., pág. 18.

⁸ ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO; *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Góngora, Madrid, 1934, pág. 209. DE MIGUEL y ALONSO; *Los costos y las costas en el proceso civil español*. Rev. D. Procesal, año 1969, pág. 901. FAIRÉN GUILLÉN; *Temas del Ordenamiento Procesal*, Editorial Tecnos, Madrid 1969, Tomo II, pág. 702. pág. 166 g. 46. O. GUASP DELGADO; *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1956, pág. 614. PASCUAL NIETO; Los criterios de imposición de costas en la 18 - instancia. Rev. Der. Proc., año 1965, pág. 96. VEGA BENAYAS; La presunción-necesaria-de justicia del fallo como base de la condena expresa en costas. Rev. Der. Proc., n. 93.

⁹ Como del llamado juicio de cognición introducido en 1952.

En nuestro panorama político y social, el partido socialista considera que el sistema actual del vencimiento supone un límite para acceder a la justicia que afecta especialmente a los más desfavorecidos, por lo que proponen adoptar el sistema o criterio sujeto anterior en el que la condena en costas dependa de que el juez aprecie temeridad o mala fe en la parte que pierde el litigio. El Partido Popular, se opone porque entiende que provocaría un aumento de la litigiosidad. Ciudadanos entiende que la condena en costas no puede suponer una barrera para litigar, pero habría que dejar mas margen a la de decisión judicial y Unidos Podemos, se inclina por mantener el actual criterio del vencimiento, salvo en litigios de consumidores.

El Consejo General de la Abogacía considera que "es aconsejable introducir nuevos elementos para determinar que no basta el vencimiento para la condena en costas", siendo "necesario" aplicar otros factores como la mala fe o la temeridad y "otras circunstancias relevantes que lo justifiquen". El Consejo General del Procuradores, "dejando al margen los intereses profesionales del colectivo", concluye en su informe que la reforma "no resulta oportuna ni justificada" y "es perjudicial" por el impacto que implicaría para el ciudadano y demás usuarios de la justicia. Entiende que, si aquel que necesita acudir a los tribunales no tiene claro que si gana el pleito recuperará los gastos que se le han ocasionado, se pensará dos veces acceder a la justicia.

Como se ve la polémica está servida, como en tantas cuestiones jurídicas. La discusión es el centro sobre el gravita el proceso judicial, y siendo las costas un aspecto importante en cuanto a sus consecuencias económicas, debe quedar a criterios judicial, puesto que constituye una parte transcendente del litigio, sin que quede obligado por ley a imponerlas automáticamente a una de las partes. La tutela para cumplir el requisito constitucional de la efectividad, tiene en la actualidad el grave obstáculo, de obligada imposición al vencido, que impide la valoración judicial del tema, partiendo que de que no es normal la presentación de demandas, que en principio no presenten posibilidades de sentencia favorable. Esta sería una consideración a tener presente por los tribunales. Cuestión diferente se plantea en los recursos, cuando ya consta una opinión jurisdiccional razonable y razonada, por cuyo motivo podría, podría mantenerse en él la tesis de la objetividad, pero para la primera instancia soy partidaria del criterio subjetivo, que durante muchos años regía en nuestro proceso civil. Una buena prueba de esta oportunidad, la tenemos en el movimiento en este sentido que ha llegado hasta las Cortes Generales, y es posible el proyecto hubiese prosperado de no acabarse la legislatura.

V. FONDOS DE INVERSIÓN PARA LITIGAR

Es tal la intimidación que supone para el litigante el tema de tener que soportar las costas procesales si las pretensiones no son admitidas que cada vez estamos viendo mas en nuestro país diferentes empresas que actúan como inversores respaldando a las empresas o personas físicas a obtener un acceso a la justicia, bien porque no tienen los recursos suficientes para demandar, o bien quieren compartir el riesgo que conlleva iniciarse en una batalla legal, a cambio, eso sí, de repartir los beneficios obtenidos en caso de victoria.

El fenómeno de la financiación de litigios es relativamente reciente. En el ámbito anglosajón su crecimiento y desarrollo arranca a finales de la pasada década. En España, por su parte, las primeras experiencias se producen hace en torno a tres años. Sin embargo, esta opción no termina de eclosionar. ¿Por qué? Según los abogados que trabajan con fondos o los propios responsables de los mismos, por desconocimiento de letrados y clientes, y también por algunos prejuicios.

En realidad no estamos hablando de una financiación como tal sino mas bien de sufragar por parte de estos fondos los gastos del proceso, en caso de ganar el pleito se pacta porcentaje de lo obtenido y en caso de perder es el encargado de pagar los gastos del proceso por lo tanto el demandante en caso de derrota no tendría que asumir ningún tipo de gasto.

Para que un pleito sea atractivo debe reunir una serie de requisitos:

- 1) Que lo que se demanda sea una cuantía importante.
- 2) Que exista una relación entre inversión y cuantía demandada entre 1 a 10. Es decir si se pretende obtener un beneficio de unos 100.000 euros la cuantía del litigio deberá ser de 1.000.000.

El Beneficio es para ambas partes ya que permite el acceso a la justicia al demandante pues con sus propios recursos podría resultar inviable ese acceso a la justicia y en contraprestación el fondo exige un porcentaje más elevado que en otro tipo de inversiones.

¿Cómo se decide si el asunto es viable e interesante?

Antes de aceptar el asunto de hace un estudio previo analizando las posibilidades de éxito, el tiempo que puede durar el litigio, ya que es algo a tener muy en cuenta pues una dilación en el tiempo puede hacer que el pleito no sea interesante ni rentable, también se analiza la jurisdicción donde se va a llevar a cabo y sobre todo si la parte demandada es solvente en el caso de que haya que pedir ejecución de sentencia. Una vez aceptada la financiación de litigio se fijan las condiciones para el seguimiento del mismo.

Los tiempos cambian y van surgiendo distintas opciones como hemos visto para que las personas o empresas que no tienen fondos suficientes o no quieren poner en riesgo su economía para poder costear un pleito por el temor a que el resultado del mismo no sea favorable.

INTERVENCIÓN EN LA MESA HOMENAJE CON MOTIVO DE LA JUBILACIÓN DEL PROF. JOSÉ DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, EN EL I CONGRESO INTERNACIONAL: “LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA Y EN AMÉRICA”

Fernando Gómez de Liaño González
Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Oviedo)

Principal felicitación a las directoras y gestoras del Congreso profesoras Pilar Martín Ríos y M.^a Ángeles Pérez Marín, por su magnífica organización, base fundamental del éxito que todos celebramos, y que nos ha dado ocasión de reunirnos en torno al Prof. Martín Ostos amigos y compañeros, algunos de los cuales, hacía bastante tiempo que no nos veíamos, para dejar constancia de nuestro afecto y consideración.

Ya ves, querido Pepe como ha pasado el tiempo con esa varita inexorable de los años que se nos vienen encima sin darnos cuenta, pero aquí seguimos porque la jubilación no es más que un acto administrativo que nosotros recurrimos con nuestras publicaciones, colaboraciones, conferencias, sesiones académicas y contactos con la Administración de Justicia, que nos permiten tomar el pulso al ritmo judicial, casi siempre casero y rutinario, pudiendo así detectar mejor sus carencias, avances y defectos. Todo ello nos mantiene activos, con más calma, pero activos, permitiéndonos disfrutar con eventos como el presente, de auténtica gratificación porque a la vez que contribuimos a nuestra obligada crítica constructiva a las instituciones, fomentamos el compañerismo y la amistad fuente precisa para el desarrollo de nuestras relaciones personales.

Es un motivo de gran satisfacción estar en esta mesa final de homenaje de amigos y compañeros de Pepe, porque ambos hemos dedicado mucho tiempo al derecho procesal y a algo tan importante como el fomento de la amistad.

En el panorama del derecho procesal español que cabalga entre siglo XX y XXI, hemos ido conocido y también protagonizando una importante evolución,

con importantes cambios legislativos, de planes docentes, de pruebas de acceso, de nuevas universidades, reuniones, jornadas, acontecimientos felices y algunos que no fueron tanto, pero predominan aquellos en los que realmente has sentido la satisfacción profesoral, la satisfacción de formar parte de un grupo que quisimos hacer de la enseñanza universitaria un quehacer principal.

Aquellos que nos decidimos por la docencia universitaria, tuvimos que superar algunos obstáculos y tropiezos que la institución universitaria, nos tiene reservados. Pero hay uno que supera con creces cualquier tropiezo, que fueron los derivados del compañerismo, de la presencia de colegas en el mejor sentido de la palabra que hicimos bueno aquel dicho de "compañero y sin embargo amigo". Ciertamente surgen rencillas y algunas penosidades en este particular mundo universitario, pero son también fuente de muy buenos momentos en el plano personal.

Varias veces he hecho alusión al mundo de la universidad. Me parece que en los últimos tiempos se está perdiendo, algo tan importante como es el estilo universitario, que nos lleva a un compañerismo fecundo, a la amistad desinteresada que surge del contacto personal, que sabe dejar un lado presunciones de sapiencia, de las que casi todos estamos en ayunas. Ahora, al final hemos aprendido algo, de todas las adquisiciones válidas y reales, la principal es la de los vínculos personales del afecto y leal compañerismo.

Es un digno representante de una escuela importante, la del profesor Gutiérrez Alviz, y Armario, gran conocedor de aquel estilo que sin duda influyó en sus numerosos discípulos con profesores muy cercanos:

- Manuel Morón buen amigo de muchos años, del que aprendí muchas cosas sobre el arte de vivir, en el que es un gran maestro, pues aún está entre nosotros superando los noventa años. ¿No es todo un mérito?
- José Almagro, recientemente fallecido, también un buen ejemplo a seguir en su formación cultural y profesional de que la dio buena cuenta en la Sala 1ª del Tribunal Supremo a la que accedió como jurista de reconocido prestigio. Ayer precisamente recordaba con el prof. Saavedra innumerables anécdotas de las que fuimos testigos.

- Faustino Gutiérrez Alviz Conradi, compañero de oposiciones y de trabajos de investigación.
- Víctor Moreno Catena, con el que siempre me he entendido muy cordialmente, compañero de estudios y trabajos. Me complace que mi hija Rosa figure entre los profesores titulares de su cátedra.

Y Pepe a quien hoy con justicia homenajeamos. Conocí a Pepe hace muchos años, quizás excesivos, que han pasado de manera rápida e increíble, y enseguida surgió una relación derivada de la apertura de carácter, de la simpatía, y de la bonhomía personal. Ambos conocimos las penurias de las nuevas universidades, como la Extremadura, a finales de los setenta, casi nada, aunque no llegamos a coincidir, pero tuvimos experiencias similares. Luego coincidimos en congresos conferencias, tribunales, o comisiones. Una de las primeras en un tribunal a la cátedra de León, que yo presidía y en la que se manifestó una especial sintonía con el secretario, Prof. Martín Ostos con la siempre valiosa presencia del prof. Almagro. No hubo provisión y la comida la tuvimos que pagar miembros del tribunal, en una sobremesa que duró varias horas.

Estuvimos juntos en muchas ocasiones, en muchas, en Oviedo, en Salamanca, en Jerez, en Sevilla, teniendo el honor de formar parte de la comisión que resolvió su acceso a esta Universidad. En Oviedo cuando hacíamos propuestas de tribunales y comisiones en el departamento ya preguntaban: "¿los de siempre?", y allí se encontraba el Prof. Martín Ostos.

Luego vino la Universidad Internacional en la Rábida, que él dirigió varios años, y varios años que acudí a ella aceptando sus invitaciones, que contribuyó a acentuar los vínculos universitarios y afectivos. Guardo especial recuerdo de aquella sede, y su residencia en la que convivimos al estilo de los colegios mayores en amigable y afectuosa camaradería. Cuando he escrito sobre los profesores que me son próximos en el libro homenaje al Profesor Ramos, allí consta mi nominación del Prof. Martín Ostos, entre media docena de ellos.

Sus confidencias sobre su estancia en El Salvador, fueron tan abundantes que cuando me envió el libro de sus memorias en aquellos lares, conocía casi todo lo escrito. Recuerdo perfectamente sus relatos y vivencias al lado de Pedraz y Asencio, fruto de innumerables conversaciones. Creo que lo he vuelto a leer recientemente.

Diferentes escuelas pues, distancias geográficas importantes entre Oviedo y Sevilla, que no fueron obstáculos a un puente profesoral que pasó por Salamanca, con la Profesora Calvo que tanto añoramos, con algunas ramificaciones como la de Valladolid con el Prof. Pedraz Penalva, también falleció prematuramente. Gran privilegio el mío, que ha dado lugar a que me llamen el "sobreviviente" en la Universidad de Salamanca, porque en los años setenta, estábamos como profesores de derecho procesal, en aquella universidad salmantina Carmina Calvo, Ernesto Pedraz, y Alberto Montón, todos mas jóvenes que yo, y que ya nos dejaron.

Jubilado y presente, hablando del tema que siempre nos ha preocupado a los procesalistas y que acertadamente ha elegido los organizadores de este congreso, porque nuestra disciplina está ordenada precisamente a su adecuado funcionamiento. Hace medio siglo, si medio siglo, en una reunión de procesalistas bajo la inevitable presidencia de D. Leonardo Prieto Castro y Ferrándiz, nos plateamos temas parecidos a los actuales. Se hizo una publicación bajo el título de "*Hondamente preocupados*", en persona presentó al ministro de turno, que suponemos, que es posible tuviera la curiosidad de leerla, pero con escaso fruto.

Seguimos hondamente preocupados, como lo acreditan los ilustres profesores que han intervenidos en este congreso. Gimeno Sendra, puso de manifiesto la existencia de un verdadero caos procesal, Ramos Méndez insistió en la presencia de trámites obsoletos. Pablo Saavedra me puso los pelos de punto con sus alusiones al desorden procesal en algunas actuaciones de los Tribunales Superiores de Justicia en lo contencioso administrativo. Víctor Moreno se refirió a la efectiva dirección de la instrucción penal, defendiendo su conocida postura sobre su entrega al Fiscal, aunque reconoce que el problema es mas complejo. Es muy posible que Ortells al hablar de la eficiencia de la civil pusiese el dedo en el llaga al fijarse en la lamentable organización. Yo añado que cuando los jueces dependen del Consejo General del Poder Judicial, los fiscales y los letrados de la Administración de Justicia, del Ministerio de Justicia, y el personal de la Secretaría de la diferentes Comunidades Autónomas, como he cansado de escribir, será difícil conseguir una mínima organización. También habría que hacer alguna alusión al talante y preparación personal, pues muy recientemente, cuando traté de se aplicara en un sencillo acto de conciliación la nueva normativa recogida en la Ley de Jurisdicción voluntaria sobre la más activa intervención de la dirección letrada, el resultado fue lamentable. Nuevas normas, ¿para qué?

La profesora Mar Jimeno realizó una interesante incursión en la cooperación internacional Europea con sus luces y sombras, y mi colega salmantino Lorenzo Bujosa, se refirió a los desafíos en el derecho comparado en el proceso penal de menores.

Punto y aparte para la intervención de Cachón Cadenas, siempre riguroso en su magisterio histórico procesal en favor de la terminología legal de “enjuiciamiento” de amplia tradición, en lugar los pretendidos “codigos de procedimiento”.

Muy interesante la mesa ocupada por los juristas americanos profesores Sidney Blanco (El Salvador) Molina López (Colombia) y Jiménez Solares (México), que pusieron una nota internacional en este Congreso, acreditando su competencia y preocupación por los temas tratados sobre la administración de Justicia.

Hondamente preocupados seguimos en este iniciado ya siglo XXI, insistiendo como corresponde a nuestra obligación profesoral. Así lo hizo el prof. Martín Ostos a lo largo de su ya dilatada proyección universitaria formando promociones de alumnos, investigando, escribiendo y colaborando en la prensa, en la que logró autorizada firma, sin perder el tiempo en luchas de escuelas, en rencillas personas, que nada aportan.

La última vez que tuve ocasión de estar con Pepe, fue en el funeral de nuestra entrañable amiga y compañera Carmina, testigo de tantos encuentros, y que estaría aquí entre nosotros de muy buen grado, si la vida no nos jugase malas pasadas. Bueno. ahora nos está jugando una muy buena que es la celebrar como mereces tu jubilación, que como sabes viene de júbilo, del que sentimos como compañeros por estar en este acto, y poderte dar personalmente un fuerte abrazo.

EL PROCEDIMIENTO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO

Nicolás González-Cuéllar Serrano
Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Castilla-La Mancha)

Al Prof. José Martín Ostos, excelente procesalista y magnífica persona

I. CONCEPTO Y REGULACIÓN

El *proceso por aceptación de decreto*, introducido en nuestro ordenamiento por la *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, es un proceso especial de imposición de la pena por aceptación de la sanción de escasa gravedad incoado a instancia del Ministerio Fiscal mediante la emisión de una propuesta punitiva *premiada* dirigida al sospechoso y cuya tramitación se circunscribe a la constatación del cumplimiento de los presupuestos procesales que lo condicionan y la emisión de un consentimiento válido otorgado por el sujeto pasivo.

Su regulación se contiene en el Título III bis del Libro IV LECRIM, en los arts. 803 bis a a 803 tres bis j y reproduce básicamente la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, acomodada al mantenimiento del modelo del Juez de Instrucción y a la reforma del Código Penal operada de 2015. Se inspira en los *procedimientos monitorios europeos (Strafbefehlverfahren alemán prs 407 a 412 StPO, procedimiento per decreto italiano –arts. 459 a 464 CPP–, proceso sumarísimo portugués –arts. 392 a 398 CPP–, etc.)*, aun sin ser genuinamente un procedimiento de dicha naturaleza, al no ser bastante para la condena la pasividad del encausado mediante la falta de impugnación de la propuesta de sanción y exigirse una aceptación expresa de la pena por su parte, efectuada con asistencia letrada, para su aplicación. La denominación coincide con la del proceso monitorio italiano, pese a que en Italia es el Juez de la Investigación Preliminar el que dicta el decreto a petición del Fiscal y es la ausencia de oposición por la persona a la que se le atribuye el delito o su abogado la conducta que dota de ejecutoriedad a la resolución, al igual que sucede en Alemania y en Portugal.

La finalidad del *proceso por aceptación de decreto* es agilizar la justicia penal mediante una sencilla gestión de los *delitos masa* y de los *delitos bagatela*, mediante la instauración de un cauce sencillo de aplicación de la sanción que sustituya a los procesos de investigación y enjuiciamiento que resultarían aplicables en defecto de la resolución del asunto mediante la aceptación de la propuesta de pena realizada por la Fiscalía (que serían el proceso por delito breve, el proceso abreviado o el "*juicio rápido*"). Su utilización es opcional para la Fiscalía y su resultado depende de la voluntad del encausado.

Como la Exposición de Motivos de la LRLECRIM sostiene, el objetivo de la reforma "*es el establecimiento de un cauce de resolución anticipada de las causas penales para delitos de menor entidad, aplicable con independencia del procedimiento que les corresponda*". Añade el preámbulo que el proceso especial "*resulta, pues, aplicable tanto a los delitos leves como a los delitos menos graves que se encuentren de su ámbito material de aplicación, a instancia del Ministerio Fiscal y antes de la conclusión de la fase de instrucción*". Su característica esencial es la contracción de la actuación procesal a la constatación de la satisfacción de sus propuestas y del consenso sobre la sanción aplicable al hecho punible entre la Fiscalía y el autor del delito. No es necesaria actuación instructoria alguna, ni siquiera la citación del investigado para prestar declaración. Tampoco –por supuesto– el enjuiciamiento. La clave se encuentra en una propuesta de sanción y la conformidad de su destinatario, si bien la reforma asegura en todo caso la observancia del derecho a la asistencia letrada, que queda plenamente garantizado.

Al igual que sucede con al conformidad en los *juicios rápidos* en ciertos casos, la aceptación de la propuesta incluida en el decreto emitido por el Fiscal implica una rebaja de la pena, en un tercio, respecto a la que legalmente correspondería al delito si se llevara a efecto la investigación y el enjuiciamiento en juicio contradictorio. Constituye, así, el proceso por aceptación de decreto un método de aplicación de la justicia penal de carácter *premier* que formalmente retribuye con una rebaja de la pena preestablecida la asunción de la responsabilidad y de sus consecuencias.

Lamentablemente, desde la aprobación de la reforma la Fiscalía General del Estado no ha apostado por la utilización del proceso, que hasta ahora no ha sido empleado en la práctica. Seguramente es por la resistencia al cambio en los

métodos tradicionales de trabajo en el Ministerio Público por lo que en España tenemos un número mayor de fiscales que en Francia o Italia, países ambos con mucha mayor población y en los que, además, la fiscalía ha asumido la dirección de la investigación de los delitos (en casi todos los asuntos en Francia y en la totalidad en Italia).

II. PRESUPUESTOS

1. Competencia

En el proceso por aceptación de decreto se aplican las normas generales de competencia de los órganos judiciales.

2. Partes

A) Capacidad para ser parte y capacidad procesal

Para la partes pasivamente legitimadas como investigadas o encausadas se aplican las normas generales sobre capacidad para ser parte y procesal.

B) Postulación

La ley exige la actuación personal del encausado en la comparecencia para la válida aceptación de decreto y su conversión en sentencia de condena y prevé la asistencia letrada del mismo con carácter necesario, al requerir la presencia también del letrado, con independencia de que se trate de un delito leve o menos grave y de la pena solicitada (803 bis h LECRIM).

Se ha establecido la preceptiva intervención del abogado defensor porque se ha entendido que la aceptación del decreto como alternativa a la investigación y prueba del hecho y las consecuencias de la conversión del decreto en sentencia deben ser cabalmente entendidas por el destinatario de la propuesta, con un asesoramiento legal propio que permita valorar las ventajas e inconvenientes de la prestación de la conformidad, incluidos los casos en los que el proceso destinado al enjuiciamiento de la acción penal sea un proceso leve en el que, por la escasa gravedad de la pena, la asistencia letrada no resultaría necesaria (delitos

leves que llevan aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea inferior a seis meses –art. 967.1 LECRIM–).

En caso de que el encausado al que se remita un decreto con propuesta de pena carezca de abogado, se le designa un letrado de oficio. Se prevé que, para que la comparecencia de aceptación de la propuesta pueda celebrarse, la solicitud de nombramiento de abogado de oficio debe efectuarse, como muy tarde, en el quinto día hábil previo a la fecha para la que éste señalada. En la notificación del decreto se comunica al encausado su derecho a solicitar un abogado de oficio y el plazo para hacerlo.

C) Derecho de conducción procesal y legitimación

La utilización del proceso por aceptación de decreto se condiciona a la *discrecionalidad* del Ministerio Fiscal y a la *exclusividad* por su parte del ejercicio de la acción penal. Así pues, solo a él corresponde asumir la posición de parte acusadora en el proceso especial que analizamos.

La emisión de propuesta de sanción mediante decreto susceptible de ser aceptada por el infractor es una potestad del Fiscal que puede utilizar según su propio criterio, en atención a la conveniencia del método en comparación con el proceso que corresponda, atendidas las circunstancias concurrentes. Satisfechos los requisitos legales para la emisión de la propuesta de pena, el Fiscal goza de plena *discrecionalidad* para seguir el proceso por aceptación de decreto o el cauce procesal de investigación y enjuiciamiento normativamente previsto.

Se excluye, además, la posibilidad de acudir al proceso por aceptación de decreto cuando en la causa se encuentra personada una acusación popular o particular (art. 803 bis a LECRIM). Su presencia, para el ejercicio de la acción penal, impide que el asunto quede solventado mediante un procedimiento simplificado únicamente destinado a la comprobación de la concurrencia de los presupuestos legales y la conformidad del infractor con la propuesta sancionadora de la Fiscalía, que ha de ser la parte que ejercite en exclusiva la acción.

Así pues, son partes del proceso por aceptación de decreto únicamente el Ministerio Fiscal y el investigado o encausado. La ley impide que el proceso especial se utilice si se encuentra personada acusación popular y particular y

tampoco contempla la intervención de actores civiles o terceros responsables, que ocasionaría dilación y desbordaría el sencillo cauce procedimental establecido para la constatación del cumplimiento de los presupuestos procesales y la aceptación de la propuesta por el infractor, únicos elementos que se comprueban en un método de gestión de asuntos en masa y livianos destinado a aplicarse de forma estandarizada. Obvio es decir que la ausencia de tercero responsable en el proceso por aceptación de decreto implica la imposibilidad de que la acción planteada en la propuesta del Fiscal se dirija contra persona distinta del encausado.

3. **Ámbito**

A) Material: la pena abstracta asignada al hecho punible y la sanción en concreto solicitada por el Ministerio Fiscal

El proceso especial del que nos ocupamos sólo puede ser incoado cuando la sanción aplicable cumpla ciertos requisitos *en abstracto* y *en concreto*. Conforme al art. 803 bis a LECRIM, números 1º y 2º, el proceso se condiciona a que:

i.- el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el art. 80 CP, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; y

ii.- el Ministerio Fiscal considere que la pena aplicable es una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

En virtud de los presupuestos objetivos expuestos, el ámbito del proceso por aceptación de decreto es muy amplio, comprende tanto delitos leves como menos graves cuya sanción se circunscriba a las penas para las que el proceso se establece –multa, trabajos en beneficio de la comunidad o pena de prisión si puede ser suspendida y *sustituida* por una multa o trabajos en beneficios de la comunidad, así como la privación del permiso de conducir–. Cuando se trata de una pena de prisión, la norma requiere que pueda acordarse la suspensión conforme al art. 80 CP y que el Ministerio Fiscal entienda que *“la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficios de la comunidad...”*, lo cual

no debe interpretado literalmente, sino en unión al art. 84.1 CP, que ha sustituido la posibilidad de sustitución de la pena por la imposición, como prestaciones que condicionan la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad, del pago de una multa o de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Dispone el art. 84.1 CP:

“El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

(...)

2ª. El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a las que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3ª. La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajo por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración”.

Por su parte el art. 80 CP permite suspender la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años si concurren ciertas condiciones que se vinculan con la realización de un pronóstico de ausencia de comisión de delitos en el futuro basado en la ausencia de antecedentes penales legalmente relevantes y en que se hayan satisfecho o mostrado disposición a satisfacer las responsabilidades civiles, con requisitos adicionales si existen antecedentes penales legalmente relevantes o se trata de penas que individualmente no exceden los dos años pero en su conjunto superan el límite. Debido a la *ratio legis* de la introducción del proceso por aceptación de decreto, dirigido a descongestionar los órganos judiciales de trabajo provocado por infracciones penales de frecuente comisión y muy similar patrón de conducta en su comisión, no parece que resulte adecuada su utilización en los casos de suspensión por enfermedad muy grave o de comisión del delito castigado con pena de menos de cinco años

a causa de la dependencia de sustancias adictivas, pues en ellos prevalece la necesidad de realización de un enjuiciamiento personalizado.

B) Temporal

El Ministerio Fiscal puede instar la apertura del proceso por aceptación de decreto durante la realización de diligencias de investigación por la Fiscalía o durante la fase de instrucción de un proceso judicial, hasta su finalización, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado (art. 803 bis a). Desde el momento en que surjan sospechas de la comisión de un delito que pueda ser sancionado mediante la aceptación de la propuesta de pena, el Ministerio Fiscal podrá emitir el correspondiente decreto para su comunicación al interesado por el Juzgado, discrecionalmente y en paralelo a la sustanciación de las diligencias de investigación o actuaciones judiciales que corresponda seguir, las cuales normalmente quedarán materialmente suspendidas a la espera del resultado de la proposición de imposición de pena para evitar un trabajo superfluo en caso de que la utilización de la fórmula consensual tenga éxito. La "*finalización de la fase de instrucción*", como límite infranqueable para que pueda seguirse el proceso por aceptación de decreto se corresponde con la resolución judicial que se emita en los distintos procesos por delito durante cuya sustanciación se puede dictar el decreto de propuesta de pena de la Fiscalía, previa a la formulación de la acusación, momento en el que carece de sentido que se efectúe por el Ministerio Fiscal una propuesta sancionadora distinta a la que delimita el objeto de la causa y con la que la acusado puede mostrar su conformidad, con los efectos entonces que legalmente se deriven del consenso. En el *proceso abreviado* dicha resolución es el auto de transformación del art. 779.1.4ª en el proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos el auto de continuación del art. 798.2.1º LECRIM. En el proceso por delitos leves, no existiendo fase de instrucción propiamente dicha, la aceptación de decreto emitido por la fiscalía podrá efectuarse hasta el mismo momento de celebración del juicio, acto en el que el Fiscal formula la acusación.

III. OBJETO

El proceso por aceptación de decreto tiene por objeto necesariamente una acción penal y eventualmente una acción civil.

La acción penal, fundada en la comisión del hecho punible por el destinatario del decreto, tiene como fin la imposición de multa o trabajos de en beneficio de la comunidad y, en su caso, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (art. 803 bis b). La imposición de la multa puede ser directa o mediante la aplicación de una pena privativa de libertad susceptible de suspensión condicionada al pago de una multa (arts. 80 y 84 CP). Dado que la norma material no permite la sustitución –como tal– de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, la satisfacción de la multa o la realización de los trabajos no implicarán por sí mismas el cumplimiento de la sanción, supeditado al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para remisión de la pena privativa de libertad tras el transcurso del plazo de suspensión fijado (arts. 86 y 87 CP). De ello se deriva la posibilidad de que el condenado en el proceso por aceptación de decreto, aunque satisfaga la multa, finalmente Ñ de cumplir la sanción privativa de libertad con la que se haya conformado, al igual que sucede en *Strafbefehlverfahren* alemán, que permite la imposición de penas privativas de libertad de hasta un año cuando proceda su suspensión.

La acción civil se dirige a la obtención de la reparación de la cosa o la indemnización del perjuicio y la ejercita, eventualmente, el Ministerio Fiscal junto con la acción penal incluyendo la aceptación de la correspondiente prestación por el responsable en la propuesta contenida en el decreto, en sustitución del perjudicado por el delito, por cuanta de quien el Ministerio Fiscal exige la responsabilidad civil derivada del hecho.

A efectos de la conversión de la propuesta en resolución definitiva, el objeto del proceso conforma un todo inescindible para el sospechoso. La aceptación de la acción penal y civil –si resulta ejercitada– debe ser total. En otro caso, el proceso por aceptación de decreto queda truncado y no influye sobre la investigación y el enjuiciamiento el hecho en el proceso correspondiente.

IV. PROCEDIMIENTO

1. Iniciación: el decreto de propuesta de imposición de pena

El proceso por aceptación de decreto se inicia con la emisión por el Ministerio Fiscal de un decreto que contiene su proposición de pena por la comisión del

hecho punible que atribuye al investigado, denominado *decreto de propuesta de imposición de pena*.

Junto con la concurrencia de los requisitos procesales objetivos y subjetivos exigidos para la aplicación del proceso especial, el dictado del decreto requiere la concurrencia de un elemento material que la ley presupone para la atribución del hecho punible al destinatario de la propuesta de pena, la existencia de *indicios razonables* de comisión del delito. El *proceso por aceptación de decreto* se basa en el *consenso* y no en la *convicción*. Se asienta sobre los *indicios* y la *voluntad*, al margen de la *prueba* y el *conocimiento* del hecho. El proceso, prescinde así, de la investigación y el enjuiciamiento y sitúa la solución del conflicto creado por el delito en el campo de la autonomía personal. Se dota al ciudadano de la opción de preferir la segura aplicación de la pena a la posibilidad de discutir su responsabilidad, se le da a elegir entre *sanción o proceso*, sobre la base de indicios fundados. No sólo para ahorrar medios y ganar celeridad en la Administración de Justicia, sino también para evitar que el encausado sufra las consecuencias negativas de su gravosa condición y obtener, en su caso, de modo inmediato, la reparación de la víctima. Pero las propuestas no pueden realizarse arbitrariamente, deben encontrar sustento en una base de atribución delictiva seria, desde la que pueda pronosticarse que, de no emitirse el decreto, el proceso contra el encausado comenzaría o se desarrollaría normalmente para la depuración de la responsabilidad.

El contenido de la *propuesta para la imposición de pena* se establece en el art. 803 bis c):

- 1.º *Identificación del investigado.*
- 2.º *Descripción del hecho punible.*
- 3.º *Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente.*
- 4.º *Breve exposición de los motivos por los que se entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida.*
- 5.º *Penas propuestas. A los efectos de este procedimiento, el Ministerio Fiscal podrá proponer la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.*
- 6.º *Peticiones de restitución e indemnización en su caso.*

La norma prevé la inclusión en el decreto de todos los elementos de la propuesta: su destinatario, la causa de la acción penal ejercitada y la petición contenida en la misma.

El destinatario es denominado investigado, porque es posible que no haya sido inculcado judicialmente.

La causa es la atribución de un hecho punible, que debe describirse, junto con la referencia a la calificación jurídica y una somera información sobre el sustrato fáctico indiciario en el que se fundamenta la atribución de la autoría o participación delictiva.

En lo concerniente a la comunicación de la consecuencia jurídica derivada del hecho que el Ministerio Fiscal propugna, el precepto transcrito suscita tres cuestiones de interés.

La primera atañe a la referencia a las penas de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad, que, tras la última reforma del Código Penal, no pueden ser sustitutivas de la pena privativa de libertad. Como el proceso por aceptación de decreto, según el art. 803 bis a) LECRIM puede ser aplicado cuando la pena a imponer sea privativa de libertad, la referencia a las penas de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad del art. 803 bis c) 5º debe ser entendida como referente a la imposición de prestaciones condicionantes de la suspensión de la pena de prisión (arts. 80 y 84 CP).

La segunda, concerniente a la reducción de la pena en un tercio aplicable en un tercio, surge –en conexión con la anterior– por la imposibilidad de reducción en un tercio de la multa cuando consista en una prestación condicionante de la prestación, pues no hay base alguna sobre la que la reducción pueda operar. Lo que se reduce en un tercio es la pena impuesta, como literalmente se establece. Aunque se haga referencia a la pena de multa, de trabajos en beneficio de la comunidad y de privación del permiso de conducir, si la pena impuesta es privativa de libertad será ésta la reducida, previa a la fijación de la prestación condicionante de la reducción.

La tercera cuestión atañe a las consecuencias accesorias que, necesariamente han de acompañar a la imposición de las penas. Ello incluye al decomiso de los instrumentos y del producto del delito, que deberá ser propuesto por el

Ministerio fiscal cuando proceda, aunque no podrá afectar a terceros afectados conforme se expuso con anterioridad.

2. Auto de autorización

Los *procedimientos monitorios* europeos –Alemania, Italia, Portugal– funcionan mediante la atribución de ejecutoriedad a órdenes judiciales emitidas a propuesta del Ministerio Público que no son impugnadas por el infractor. Con la reforma en España es el decreto del Fiscal, autorizado por el Juzgado de Instrucción mediante auto, el que, en caso de aceptación, se convierte en sentencia de condena (como ya se ha explicado no debe confundirse el decreto español, emanado del Fiscal, con el italiano, solicitado por el Fiscal y dictado por el Juez).

Una vez dictado el decreto por la Fiscalía, se remite al Juzgado de Instrucción competente para el conocimiento de la causa para su autorización y notificación al investigado (art. 803 bis d).

La autorización judicial depende del cumplimiento de los requisitos establecidos para la utilización de proceso por aceptación de decreto del art. 803 bis a que ya se han explicado (art. 803 bis e 1).

Si el Juzgado deniega la autorización, el decreto queda sin efecto (art.803 bis f), lo que supone que el Ministerio Fiscal no queda vinculado por su contenido y la causa prosigue por el cauce procesal correspondiente para la investigación y el enjuiciamiento del delito (art. 803 bis j).

La ley no prevé la posibilidad de recurso contra el auto que deniegue la autorización, cuya presentación resulta incompatible con la agilización procedimental y descarga de trabajo buscada por la ley.

Autorizado el decreto, se notifica a la persona a quien se le atribuye el hecho punible con citación de comparecencia.

3. Notificación del auto y citación de comparecencia

Tanto el auto de autorización como el decreto del Ministerio Fiscal son notificados al encausado, a quien se cita de comparecencia en el Juzgado en la fecha que se señale.

En la notificación el encausado es informado de los siguientes extremos, recogidos en el apartado segundo del art. 803 bis f:

i.- la *finalidad de la comparecencia*, destinada a expresar la conformidad con la propuesta de sanción efectuada en el decreto;

ii.- la *preceptiva asistencia de letrado para su celebración*, así como información sobre la conveniencia de *asesorarse con un abogado de confianza o solicitar un abogado de oficio* antes de los cinco días previos a la comparecencia, *de no encontrarse defendido por letrado en la causa*;

iii.- *efecto de la incomparecencia*, consistente en la privación de efectos a la propuesta de sanción;

iv.- *caso de comparecer, el derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto*.

4. Solicitud de asistencia letrada

En la notificación del auto de autorización se advierte al encausado de la conveniencia de recabar asesoramiento legal de un abogado y del derecho a solicitar la designación de un letrado de oficio, mediante solicitud que debe efectuarse (al juzgado) en el término de cinco días hábiles antes de la fecha para la que la comparecencia esté señalada. Si el encausado carece de letrado y solicita el nombramiento de un abogado de oficio el juzgado debe designarlo, para su asesoramiento y asistencia a la comparecencia (art. 893 bis g).

5. Comparecencia

La comparecencia para la aceptación de la propuesta contenida en el decreto constituye una actuación procesal realizada personalmente por el encausado ante el Juez destinada a manifestar su voluntad de aceptación de la propuesta realizada en el decreto, con asistencia letrada. En aplicación de los arts. 229.2 y 232 LOPJ se ha de efectuar en audiencia pública. En ella el juez debe asegurarse de que el encausado comprende el significado de la propuesta y los efectos de la conformidad. Dada la transcendencia del acto debe registrarse íntegramente por medios audiovisuales o documentarse conforme a las reglas generales si existe imposibilidad material de realizar la grabación (803 bis h 1, 3 y 4).

Si el encausado no comparece o rechaza la propuesta del Ministerio Fiscal, total o parcialmente en relación con las penas o la solicitud de restitución o indemnización, el decreto queda sin efecto, con las mismas consecuencias de la denegación de la autorización ya indicadas (art. 803 bis h). La aceptación, por tanto, debe ser expresa e íntegra, por comprender recaer tanto sobre la acción penal como sobre la acción civil si ha sido ejercitada.

Según el art. 803 bis h 2, en su último inciso, *"si el encausado comparece sin abogado, el juez suspenderá la comparecencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 746 y señalará nueva fecha para su celebración"*. La norma se introdujo por la aceptación de una enmienda en el Congreso de los Diputados innecesaria y técnicamente defectuosa. Resulta Innecesaria porque el supuesto de imposibilidad de asistencia del letrado al que el precepto se refiere, según se deduce de la remisión al art. 746 LECRIM como causa de suspensión de la actuación procesal, se encuentra regulado con carácter general en los arts. 183 y 188.6º LEC y es técnicamente defectuosa porque el art. 746 LECRIM establece las causas de suspensión del juicio oral específicamente y en su número 4º sólo se refiere a la ausencia del abogado por razón de enfermedad. El inciso no permite la suspensión de la comparecencia por la simple ausencia del abogado. Si fuera así la notificación del auto de autorización y del decreto no contendría la advertencia de la preceptiva asistencia letrada a la comparecencia y carecería de sentido que se estableciera un plazo para la solicitud de abogado de oficio que expira antes de la fecha del señalamiento. Con la referencia al 746 la ley requiere la existencia de una causa justificada de la inasistencia del letrado para que la comparecencia se suspenda en lugar de tener al encausado por no comparecido con la consiguiente ineficacia del decreto. Pero, como se ha explicado, la previsión resulta inútil, habida cuenta de la aplicabilidad de las normas generales sobre imposibilidad de asistencia del letrado.

6. Conversión del decreto en sentencia condenatoria

La aceptación de la propuesta del Ministerio Fiscal por el encausado supone una manifestación de voluntad de aceptación de la propuesta de pena y, en su caso, restitución y de indemnización que implica su conformidad con la acción ejercitada.

Como anteriormente se ha expuesto, para la conversión del decreto en sentencia condenatoria, la aceptación de la propuesta ha de ser total, como se

establece en el art. 803 bis i en unión con el art. 803 bis h 2. Si se produce y el consentimiento ha sido emitido válidamente, con conocimiento de sus efectos y la preceptiva asistencia letrada, el Juez de Instrucción ha de limitarse a dotar a la propuesta del Fiscal del carácter de resolución judicial firme, sin posibilidad de apartarse de la misma, sobreseer la causa, absolver, modificar la calificación jurídica o modificar la pena o la responsabilidad civil. Obsérvese que la ley no habla de una sentencia de conformidad, ni de estricta conformidad, sino de conversión de la propuesta en sentencia. Ello no supone merma alguna de la potestad jurisdiccional. El juez ha autorizado previamente la propuesta y en caso entender que el hecho no es constitutivo de delito o que la pena solicitada no se corresponde con la legalmente prevista en abstracto, habrá denegado la autorización.

Convertido el decreto en sentencia, el Juez dispone de un plazo de tres días para su documentación en forma de sentencia condenatoria, que desplegará todos sus efectos (art. 803 bis i). Ello incluye la cosa juzgada material y formal.

En virtud del efecto negativo de la cosa juzgada material, el hecho punible no podrá ser castigado nuevamente, ni siquiera enjuiciado (*non bis in ídem* material y procesal).

La conversión del decreto en sentencia despliega el efecto de la cosa juzgada formal porque la resolución no es susceptible de recurso alguno (art. 803 bis i), previsión lógica ya que el juez se limita a recoger la propuesta aceptada. Cualquier divergencia entre la sentencia y el decreto aceptado constituirá un error material susceptible de ser corregido como tal, al amparo del art. 267.1 LOPJ.

UN EXAMEN CRÍTICO DE LOS PLAZOS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL ESPAÑOLA EN EL MARCO DE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Saúl González García

Profesor de Derecho Procesal (Universidad de Granada)

I. LA REFORMA OPERADA EN LOS PLAZOS DE LA INSTRUCCIÓN PENAL EN ESPAÑA

Nuestra LECRIM parte de un ideal propio del Siglo XIX en el que los delitos y la instrucción de estos, rara vez se prolongaban más allá de varias semanas; de ahí que el artículo 324 de la LECRIM, en su redacción original, a la hora de establecer la duración que había de tener esta fase procesal no fijó un plazo determinado sino que previno que, en el supuesto de que se prolongase durante un plazo superior a un mes, el Juez había de dar parte tanto al Fiscal de la Audiencia como al Presidente de ésta cada semana a fin de que éstos pudiesen dar las instrucciones que tuviesen por convenientes para la más pronta conclusión del sumario. Este artículo, se mantuvo vigente hasta el año 2010 en el que entró en vigor la reforma operada por el artículo el art. 2.35 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que se limitó a modificar el artículo 324 en el sentido de que la información que había que facilitar correría ahora a cargo del Secretario Judicial y no del Juez de Instrucción.

En el año 2015, ante la imposibilidad de llevar a buen puerto los intentos aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento criminal, el Legislador, consciente de la ineludible necesidad de reformar determinadas cuestiones de la LECRIM, llevó a cabo una reforma parcial de ésta que vino a suponer un punto de inflexión en lo atinente a los plazos de la instrucción.

La conveniencia de establecer una limitación en los plazos de la instrucción había sido ya planteada en los dos intentos de sacar una nueva Ley de

Enjuiciamiento Criminal, aunque como expondremos a renglón seguido, con enfoques distintos.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 siendo Ministro de Justicia Francisco Caamaño, fue el primero en establecer un límite temporal a la instrucción. El citado anteproyecto, en su Exposición de motivos, plasmaba la necesidad de fijar un plazo de duración de la investigación a fin de garantizar los derechos e intereses de los investigados y recoge también las dos opciones posibles a la hora regular esta cuestión: o bien no fijar un límite de forma expresa, quedando al arbitrio del Juez de Garantías o bien fijar unos plazos máximos más allá de los cuales no pueda extenderse la investigación, opción por la que se decantó el citado Anteproyecto al entender que con el sistema que se preveía las partes no podían realizar dilaciones que pudieran trabar e impedir el avance de la investigación y que el cumplimiento de los plazos solamente dependería de la diligencia del órgano instructor.

Partiendo de las premisas recogidas en la Exposición de Motivos, la cuestión fue regulada en el Libro IV relativo al procedimiento, en el Título V, dedicado al control jurisdiccional de la actividad investigadora y se le dedicó el capítulo I que incluía los artículos 481 a 484. Los mencionados preceptos preveían que el procedimiento de investigación no podría durar, como norma general, más de doce meses contados desde la primera comparecencia de la persona investigada. La salvedad prevista era para aquellas investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía de la Audiencia Nacional o por las Fiscalías Especiales, en cuyo caso en lugar de doce meses el plazo para la investigación pasaba a 18 meses.

En el supuesto de que se previese la imposibilidad de llevar a cabo la investigación en los plazos anteriormente señalados, el Fiscal encargado de la investigación podría solicitar una prórroga al Juez de Garantías quien resolvería sobre dicha solicitud de forma razonada mediante auto oídas las acusaciones y al investigado.

Esta prórroga no podría superar los plazos inicialmente previstos de 12 meses, o en su caso, de 18 meses, previendo el Anteproyecto como sanción a la inobservancia de dichos límites que aquellas diligencias de investigación ordenadas o realizadas fuera de los límites temporales carecerían de validez.

Por su parte, la propuesta de Código Procesal Penal de 2013, llevada a cabo por la Comisión presidida por el Magistrado Manuel Marchena, alumbró también un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual, si examinamos su Exposición de Motivos, pone de manifiesto un menor énfasis en la modificación de esta cuestión hasta el punto que la limitación temporal de los plazos de la instrucción, desafortunadamente, pasa absolutamente inadvertida en la Exposición de motivos al ser eclipsada por la introducción de la figura de la mediación penal.

El antedicho texto articulado de 2013 regulaba la duración de la instrucción dentro del Libro II relativo a las disposiciones generales sobre las actuaciones procesales y la mediación penal, más concretamente en su Título Segundo dedicado a las actuaciones del ministerio fiscal, pues no debemos perder de vista que en el referido texto articulado la instrucción también quedaba encomendada al Ministerio Fiscal.

Su artículo 127 disponía, en relación con los plazos de las diligencias de investigación que las mismas se practicarían por el Ministerio Fiscal en el plazo de 6 meses a contar desde la fecha del decreto de apertura. Del mismo modo se establecía que para aquellas investigaciones que se considerasen complejas, el plazo sería de 18 meses que podrían prorrogarse por igual plazo por el Tribunal de Garantías a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. El mencionado precepto previa que si los plazos de la instrucción no pudieran cumplirse el Ministerio Fiscal justificaría ante el Tribunal de Garantías las razones por las que la investigación no se concluiría en el plazo legalmente previsto o en el de la prórroga, quedando facultado el Tribunal de Garantías para determinar un plazo máximo para la conclusión de la investigación a instancia de parte y previa audiencia del Fiscal.

De la redacción de este artículo cabe plantearnos qué pasa si es el propio fiscal instructor quien entiende necesario solicitar más tiempo para el cierre de la instrucción dado que el texto solo hablaba de partes y, a mi modesto parecer, en la nueva estructura de la investigación calificar al instructor como parte me plantee algunas dudas. Sin embargo, al no llegar a materializarse la reforma se trata ésta de una cuestión superflua en la que no vamos a ahondar, por lo que sintetizando el contenido del precepto examinado en relación con el objeto de la presente comunicación, esta propuesta de texto articulado pretendía fijar por

vez primera un plazo de 6 meses para las causas normales y uno de 18 para las causas complejas prorrogable a otros 18 meses, no por el encargado de la instrucción, sino por el Juez de Garantías a instancia del fiscal instructor; del mismo modo el mencionado Tribunal de garantías podría fijar un plazo límite en caso de no poder concluirse la instrucción en los anteriores plazos previa solicitud de las partes; nos encontramos de este modo con un sistema de plazos que incorpora un mecanismo flexible que permite al Tribunal de Garantías prolongar la investigación más allá de los plazos legalmente previstos en supuestos concretos que puedan requerirlo.

Como quiera que ninguna de las dos iniciativas legislativas llegó a materializarse y el Legislador entendía que el establecimiento de los plazos era una reforma necesaria, en la reforma parcial de la LECRIM del año 2015 se reguló esta cuestión. De este modo la Ley 41/2015 para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales estableció un sistema de plazos para la instrucción.

La exposición de motivos guarda silencio sobre por qué el Legislador ha optado finalmente por la instauración de un sistema de plazos fijos, del mismo modo que tampoco ha justificado lo más mínimo la pertinencia de instaurar dicho sistema más allá de la necesidad genérica de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas.

La actual redacción del artículo 324 de la LECRIM prevé dos supuestos distintos: para la instrucción de causas normales se prevé un plazo de 6 meses y para las causas complejas ha determinado un plazo de 18 meses, en ambos casos el plazo se contará desde la fecha del auto de incoación del sumario.

Los anteriores plazos se interrumpirán mientras la causa se encuentre bajo secreto de sumario y en el supuesto que se acuerde el sobreseimiento provisional de la misma, reanudándose el cómputo en el momento en que se acuerde levantar el secreto de sumario o cuando se reabra la investigación.

Una instrucción ordinaria podrá convertirse en compleja previa solicitud del Ministerio Fiscal y oídas las partes y esta última, podrá ser prorrogada como máximo otros 18 meses más, por lo que su duración total sería de 36 meses. La regulación contenida en el artículo 324 de la LECRIM contiene igualmente

la posibilidad de otorgar una prórroga excepcional cuando así los soliciten las partes o el Ministerio Fiscal cuando medien razones justificadas.

La consecuencia jurídica anudada al vencimiento de los plazos de la instrucción no es otra que la obligación que tiene el juez de instrucción de poner fin a dicha fase procesal bien mediante el auto de conclusión del sumario, en el supuesto de que estemos en un proceso ordinario o bien mediante el dictado de un auto de pase a procedimiento abreviado o de sobreseimiento, si se tratase de un procedimiento abreviado. Si el juez, *motu proprio*, no procediera del modo que acabamos de exponer, el Ministerio Fiscal quedaría facultado para instar la finalización quedando obligado el juez a resolver en la forma antes expuesta en un plazo de 15 días.

El legislador ha prevenido que, en modo alguno, el simple transcurso de los plazos conlleve el archivo automático de las actuaciones, sino que solo determinará la necesidad de poner término a la fase de instrucción bien para continuar la siguiente fase o bien para un sobreseimiento provisional o, en su caso libre, en los supuestos procedentes; evitando de este modo y, al menos de forma directa, supuestos de impunidad de los delitos por el mero transcurso del plazo para llevar a cabo la fase de instrucción.

II. CUESTIONES POLÉMICAS DE LA ACTUAL REGULACIÓN

La regulación a la que acabamos de hacer mención presenta una serie de problemas que por la brevedad de este estudio no podremos abordar en su integridad aunque apuntaremos algunos de los más frecuentes.

1. ¿Es posible incoar una causa como compleja ab initio de oficio por el órgano jurisdiccional?

De la lectura del precepto queda claro que si en el momento de incoar el procedimiento, no hay indicios de que la causa sea compleja se debe de incoar el procedimiento que corresponda y posteriormente instarse de declaración de complejidad. Ahora bien, no parece que ocurra lo mismo si atendemos a la redacción del apartado 2 cuando señala los supuestos en los que la investigación se considerará compleja pues si ya figuran claramente alguno de dichos supuestos, parece un absurdo incoar la misma y que, a continuación, el Fiscal

inste su declaración de complejidad, por ejemplo, cuando estamos ante un atentado terrorista. Se trata de una cuestión objeto de debate en la Jurisprudencia y en la doctrina¹.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2015 señala que corresponde al órgano instructor calificar inicialmente si se trata de un asunto sencillo o complejo lo que cual tendría todo el sentido del mundo en la reforma que no llegó a aprobarse en la que era el Ministerio Fiscal quien asumía la investigación y determinaba la normalidad o la complejidad de la causa quedando reservado al juez de garantías la posibilidad de ampliar su plazo de investigación. A mi modesto entender, carece de sentido que el juez, al inicio de la causa pueda decidir, de oficio, la complejidad de la misma al constatar la existencia de uno de los supuestos de complejidad pero que si esa misma constatación no se produce al comienzo, sino que tiene lugar una vez incoado el procedimiento no pueda adoptar dicho pronunciamiento sino solamente en el supuesto de que lo inste el Ministerio Fiscal.

2. ¿Quiénes están legitimados para instar la declaración de complejidad de la causa?

El texto legal es claro en el sentido de señalar que únicamente corresponde al Ministerio Fiscal instar la complejidad de la causa que será acordada por el Juez de instrucción previa audiencia del resto de partes. La paradoja es que para solicitar al Juez de Instrucción un plazo extraordinario estén legitimadas el resto de las partes. Por dicho motivo, parece un contrasentido que para solicitar una ampliación de los plazos ordinaria o la complejidad de la causa la acusación particular no pueda hacerlo, pero, sin embargo, para solicitar una prórroga de carácter extraordinario sí esté facultada.

A nuestro juicio y dado que para pedir la declaración de complejidad existen una serie de motivos que aparecen en la propia ley hubiera sido más lógico permitir a cualquier parte solicitar dicha declaración y dejar la prórroga

¹ A favor véase ZARAGOZA TEJADA, J.I., “La modificación operada por la Ley 41/2015 para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. El sistema de plazos” en *REVISTA ARANZADI DOCTRINAL*, NÚMERO 9/2006. En contra, RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Diez preguntas y sus respuestas sobre la nueva regulación del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el sometimiento a plazos de la investigación criminal” en *DIARIO LA LEY*, Nº 9150/2018.

extraordinaria en exclusiva al Ministerio Fiscal, pues su objetividad, a priori, le hace más apto que el resto de partes para solicitar el plazo extraordinario cuando entienda que concurren circunstancias excepcionales que han impedido cumplir con los plazos. Y máxime cuando la decisión, en última instancia, corresponde al juez de instrucción que podrá declarar o no la complejidad de la causa.

En este sentido estamos de acuerdo con quienes señalan que lo más oportuno hubiera sido que la legitimación se extendiera al resto de partes dado su interés legítimo en participar de la instrucción². Ello redundaría en una auxilio al Ministerio Fiscal que no tendría que tener una vigilancia constante en relación con el transcurso de los plazos si hay otras acusaciones personadas en la causa.

3. ¿Cómo se computan los plazos en los supuestos de cuestiones de competencia acumulación o transformación?

Son cuestiones de gran relevancia que el legislador ha obviado por completo y que en la práctica presenta más de un problema.

Cuando se trate de una cuestión de competencia, tanto la Circular 5/2015 de la Fiscalía General del Estado como alguna Jurisprudencia menor han avalado que la fecha que se tenga en cuenta sea la del primer auto de incoación en base a la obligación de continuar actuando mientras se dirime la competencia³.

Si nos encontramos con un supuesto de conexidad en el que se han incoado varias diligencias que finalmente se acumulan en una sola causa, ¿qué auto de incoación se toma para el *dies a quo* de los plazos? Pues en este supuesto entendemos que, tal y como señala la antedicha Circular, necesariamente hemos de estar a la fecha del último auto de incoación pese a que ello suponga un evidente detrimento para aquellos a quienes se abrió el procedimiento con anterioridad pues la duración del mismo no se sujetará a los plazos máximos inicialmente previstos. En este caso, el beneficio de una tramitación conjunta de la causa lleva aparejada esa mayor dilación.

² GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, "Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales" en *REVISTA ARANZADI DOCTRINAL*, N.º 6/2015.

³ Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 21 de septiembre de 2017.

Mayores problemas plantea el supuesto de que se incoe una pieza separada y que ésta se tramite bajo secreto de sumario en relación con el procedimiento principal. Este sería el caso, por ejemplo, de lo que sucedería si se acuerda una diligencia de investigación de las previstas en los artículos 588 bis y siguientes de la LECRIM. ¿Tendríamos dos plazos distintos o la suspensión se extendería a la pieza principal, aunque ésta no esté bajo secreto de sumario?

Sobre esta cuestión se ha pronunciado, acertadamente en mi opinión, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁴ señalando que, si la pieza separada secreta da lugar a un enjuiciamiento separado con fundamento en el artículo 17 de la LECRIM, entonces ese secreto de sumario no tendría efecto en la causa principal, existiendo así dos plazos distintos; ahora bien, si no va a existir un enjuiciamiento en pieza separada, el secreto acordado en pieza separada sería computado como causa de suspensión del plazo con fundamento en el artículo 324.2 de la mencionada norma. Lo acertado del razonamiento radica en que, aunque en la causa principal puedan practicarse determinadas diligencias durante la tramitación de la pieza separada, es posible que tras levantar el secreto de la misma deban de practicarse otras diligencias en la pieza principal y de no suspenderse es posible que no se pudiesen practicar por el transcurso del plazo.

4. ¿Qué problemas prácticos derivan de transcurso del plazo máximo de instrucción?

Si atendemos al tenor literal del artículo 324 de la LECRIM, más allá de los problemas interpretativos a los que nos hemos referido anteriormente, en principio no deberían existir problemas prácticos toda vez que puede declararse compleja una causa y contar con 36 meses de instrucción además de la posibilidad de una prórroga extraordinaria.

Sin embargo, cualquiera que conozca la práctica judicial sabe perfectamente que un plazo de 6 meses para la instrucción de una causa sencilla es un plazo muy ajustado y que los escasos medios de la Administración de Justicia hacen imposible en muchos casos su observancia, dando lugar a la necesidad de la declaración de complejidad. Ello conlleva una mayor vigilancia del Ministerio Fiscal el cual, en delitos de escasa relevancia, no suele hacer acto de presencia hasta el

⁴ Auto de la Audiencia nacional de 18 de enero de 2018.

momento de solicitar la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado, dada la sobrecarga de trabajo del Ministerio Público que a duras penas pueden atender las causas. También nos encontramos con investigaciones muy complejas de casos de corrupción o de organizaciones criminales en los que los plazos se quedan cortos dado el ingente volumen de trabajo que requieren.

Si a la sobrecarga de asuntos y la falta de medios sistemática que soportan nuestros órganos jurisdiccionales, las cuales se reconocen por los profesionales prácticamente sin fisuras⁵, le añadimos el establecimiento de unos plazos, sin quererlo, podemos fomentar una tramitación más rápida, con posibilidad de cometer más errores y la posible precipitación en la apertura de la fase de juicio oral, dándose de este modo los elementos para un tormenta perfecta que dé lugar a mayores dificultades de cara obtener un pronunciamiento condenatorio, el cual depende, en gran medida, de la calidad de la instrucción. Muestra de ello son los pronunciamientos sobre nulidad de actuaciones que se vienen dando.

En principio trascurridos los plazos no pueden acordarse nuevas diligencias de investigación tal y como interpretó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de junio de 2017, pero existen diversos pronunciamientos de la Jurisprudencia menor interesantes interpretando cuándo estamos ante nuevas diligencias o cuando no.

En este sentido se admiten diligencias acordadas fuera de plazo, por ejemplo, cuando sean instrumentales de otras acordadas en tiempo⁶ y también se avalan aquellas diligencias que sean ampliación de otras⁷.

⁵ En este sentido apuntan: TORRAS COLL, J.M., “El tiempo de la instrucción. Visión crítica y aplicación práctica del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” en *DIARIO LA LEY*, N.º 9140, 2018; GARCÍA-BERRO MONTILLA, C., “El Ministerio Fiscal ante la impunidad derivada del vencimiento de los plazos de instrucción del artículo 324 LECrim: alternativas legales” en *DIARIO LA LEY*, N.º 8786, 2016; ÁLVAREZ MENÉNDEZ, M.P., “¿Mejoraría la Justicia Penal con los nuevos plazos de instrucción?”, en *ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI*, N.º 922/2016.

⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 28 Sep. 2018.

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 Feb. 2019.

III. UNA PERSPECTIVA COMPARADA

1. Código Procesal Penal de Perú de 2004. Decreto Legislativo N.º 957

El artículo 342 de la citada disposición es el encargado de regular los plazos de la instrucción. Previamente, hemos de señalar que el encargado de llevar a cabo la misma es el Fiscal bajo supervisión de un Juez de la Investigación Preparatoria que es quien revisa los recursos que las partes interpongan frente a su actuación y autoriza determinadas diligencias de investigación lesivas de derechos. En principio existe un plazo general de 120 días hábiles de instrucción, prorrogables por otros 60 días hábiles.

Si el Fiscal declara la investigación compleja el plazo será de 8 meses y para el supuesto de organizaciones criminales el plazo se eleva hasta los 36 meses. En investigaciones complejas su prórroga ya no la puede realizar de forma directa el Fiscal, sino que ya debe de concederla el Juez de la Investigación Preparatoria y será por el mismo plazo. Transcurridos los plazos las partes pueden solicitar al Juez que ordene la conclusión y, en caso de acordarla, obligará al Fiscal a solicitar el sobreseimiento o a formular acusación. La inobservancia por este último del mandato del juez dará lugar a responsabilidad disciplinaria.

2. Código Procesal Penal Federal de Argentina de 2019. Decreto 118/2019

Esta reciente norma, en su artículo 247 contempla una investigación preliminar que será llevada a cabo por el Ministerio Fiscal para esclarecer las circunstancias del hecho y sus responsables cuyo plazo es de 60 días prorrogables por el Fiscal superior de forma excepcional como máximo a otros tantos.

Antes de la formalización del proceso existe la posibilidad de iniciar una investigación previa y que se prevé en el artículo 253 de la citada norma. Esta investigación tendrá un plazo de 90 días prorrogables por el mismo término a solicitud del Fiscal al Juez de Garantías en audiencia unilateral.

La formalización de la investigación da lugar a la apertura de la fase de investigación preparatoria, equivalente a nuestra fase de instrucción, y cuya duración máxima viene determinada en el artículo 265 del mencionado código procesal. Se dispone que su duración será de un año prorrogable a instancia de cualquiera

de las partes que pueden solicitar su prórroga al juez que podrá acordarla con un máximo de 180 días. En ese plazo el Ministerio Fiscal o la acusación particular deberán formular escrito de acusación pudiendo ser intimados por el juez si no lo hacen.

El artículo 335 faculta al juez para declarar la complejidad de la causa a instancia de cualquiera de las partes ampliándose el plazo de la investigación preparatoria hasta 2 años prorrogable otro año más.

IV. REFLEXIÓN

Tras el análisis del artículo 324 y su equivalentes peruano y argentino, la primera conclusión es obligada: a fin de garantizar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas un código procesal actual debe evitar que las investigaciones se eternicen y una fórmula posible para evitar las dilaciones es la de poner plazos límites a la instrucción.

Si comparamos el plazo máximo de instrucción vemos como los tres ordenamientos fijan para las investigaciones más complejas un plazo de 3 años aunque para supuestos excepcionales el más restrictivo es el argentino que no permite más prórrogas, el peruano permite otros 3 años y el nuestra LECRIM permite una prórroga extraordinaria sin un plazo fijado por la Ley, fórmula bastante acertada por aunar control judicial y flexibilidad.

Una de las cuestiones que más crítica merece nuestra regulación es que la declaración de complejidad sea una atribución exclusiva del Fiscal, pues más allá del sinsentido apuntado de que la prórroga extraordinaria si la puedan pedir las partes, vemos como el código procesal penal de Argentina del año 2019 atribuye esta facultad a todas las partes intervinientes. En este sentido, en nuestra humilde opinión, ampliar la legitimación para la declaración de complejidad de la causa al resto de partes personadas solo reportaría beneficios pues, en última instancia, la decisión corresponde al juez y de este modo se alivia cierta presión sobre el control de los fiscales de los plazos de la instrucción.

Igualmente sería conveniente poder declarar la complejidad de la causa una vez transcurrido el plazo de los 6 meses cuando concurrieran objetivamente los

presupuestos legales, evitando situaciones en las que se ha pasado el plazo aún existiendo motivos para declararla compleja y que haya que concluirla. Del mismo modo sería también conveniente la posibilidad de establecer una prórroga extraordinaria una vez transcurridos los plazos ordinarios si se entiende que concurren los presupuestos extraordinarios sujetando esta decisión a un recurso devolutivo del superior jerárquico del instructor. Así se conseguiría que no se finalice una instrucción de forma prematura por un requisito demasiado inflexible como es el de solicitar las prórrogas dentro de plazo. Ello dotaría al sistema de plazos la necesaria flexibilidad como para evitar un cierre en falso porque el Fiscal no solicitó la prórroga a tiempo.

Bastarían estas dos mínimas cuestiones para paliar en buena medida el sistema facilitando a nuestros sobrecargados jueces y fiscales realizar su función investigadora garantizando, como no puede ser de otro modo, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas sin que puedan cerrarse en falso la instrucción de las causas debida al mero transcurso de los plazos; todo ello al margen de la imperiosa necesidad de dotar de más medios técnicos y personales a la instrucción de las causas, pues ello tendrá un impacto directo en los plazos medios de instrucción sin afectar negativamente a la calidad de la investigación, pues estos plazos, en su diseño actual, añaden presión a un sistema sobrecargado y de ahí que para un correcto funcionamiento, la sujeción de la instrucción a un sistema de plazos exija, como requisito *sine qua non*, suficientes medios personales y materiales logrando de este modo una administración de justicia rápida y eficiente garante del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

ÉTICA E INDEPENDENCIA JUDICIAL: BREVE CONSIDERACIÓN A PROPÓSITO DEL CÓDIGO ÉTICO PARA LA CARRERA JUDICIAL

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de León)

Sumario: I. LA FORMULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ÉTICA JUDICIAL EN EL CÓDIGO ÉTICO PARA LA CARRERA JUDICIAL. 1. El Código Ético para la Carrera judicial y la configuración legal de la Comisión de Ética Judicial. 2. El carácter consultivo y no vinculante de la actuación de la Comisión de Ética Judicial. II. LA INSUFICIENCIA DE LOS LÍMITES DISPUESTOS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL CÓDIGO ÉTICO PARA LA CARRERA JUDICIAL. 1. La indefinición del alcance de los Dictámenes. 2. Análisis del razonamiento de los acuerdos de inadmisión. 3. La principal preocupación expresada en las Consultas no incide en la esfera de la función jurisdiccional. III. CRÍTICA A LOS DICTÁMENES EMITIDOS CON INCIDENCIA EN LA ESFERA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. 1. Los Dictámenes que tienen incidencia en la esfera de la función jurisdiccional. Crítica. 2. Crítica a la vulneración de los principios de independencia y de legalidad a través de dicha función dictaminadora. 3. El acierto del Acuerdo (Consulta 8/2019) de 8 de junio de 2019.

I. LA FORMULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ÉTICA JUDICIAL EN EL CÓDIGO ÉTICO PARA LA CARRERA JUDICIAL

1. El Código Ético para la Carrera judicial y la configuración legal de la Comisión de Ética Judicial

La Comisión de Ética Judicial –constituida el 9 de mayo de 2018– es un organismo nacido para orientar sobre la interpretación de los principios de Ética Judicial recogidos en diciembre de 2016 por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) en un documento –el *Código Ético para la Carrera Judicial*– adoptado por el Consejo General del Poder Judicial, *que aspira a conseguir la excelencia en la tutela de los derechos de la ciudadanía, sirviendo de guía en el desempeño del ejercicio de la jurisdicción* (en términos literales contenidos en el Preámbulo del mencionado documento).

Para la redacción de dicho texto¹, surgido en un contexto internacional muy favorable, España tuvo como principal referente² el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial³, adoptado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2006 y al que se adhirió el CGPJ por acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2016. Particularmente reseñable es la importancia de la relación entre el Código español y el instrumento iberoamericano, puesto que el propio art. 1.c) de la Parte II de nuestro texto menciona entre las funciones de la Comisión *contribuir al desarrollo de las funciones atribuidas al CGPJ en la coordinación y la elaboración con otras Comisiones judiciales de Ética, en particular con la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial*⁴.

¹ Preparado por una Comisión compuesta por representantes de las distintas Asociaciones judiciales, representantes de miembros de la Judicatura no asociados y también de algunos Expertos juristas, en la que participaron personas delegadas de cada Tribunal Superior de Justicia, designadas por las respectivas Salas de Gobierno.

² Además de los Principios de Bangalore –aprobados en el marco de Naciones Unidas en 2001–, del Dictamen del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa sobre la Ética y la Responsabilidad de los Jueces del año 2002, de la Declaración de Londres sobre la Deontología de los Jueces del año 2010 –promovida por la Red Europea de Consejos de Justicia–. Y Sin olvidar la Recomendación R (2010), de 17 de noviembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que exhorta directamente a los Estados miembros a aprobar un Código de Ética Judicial. Por lo que se refiere al factor europeo, se ha destacado la gran trascendencia mediática y repercusión social que han tenido los sucesivos Informes del grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO). Y también la implicación del CGPJ en la cooperación en el Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa y en la Red Europea de Consejos de Justicia. E incluso los ajustes económicos exigidos por la Comisión Europea también han contribuido a recordar las bondades de la adopción de Códigos de conducta y Códigos éticos. Puede consultarse al efecto CAMISÓN YAGÜE, J.A. / SORIANO MORENO, S., “Informes de Resultados de 2016 y 2017 sobre las Recomendaciones propuestas por el GRECO para la prevención de la corrupción judicial en España. Crónica de incumplimientos”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 41, 2018, pp. 3367-356.

³ El Código Iberoamericano de Ética Judicial fue adoptado en 2006 por la Cumbre Judicial Iberoamericana, integrada por los Tribunales Supremos y los Consejos de la Magistratura (como representante del Poder Judicial) de 20 países de América Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela) y 3 Europa (entre ellos España, además de Portugal y Andorra).

⁴ Ello sin olvidar que España ha contado en todo momento con un miembro en la Comisión Iberoamericana de que trae causa. Sobre la incoherencia que podría advertirse en el hecho de haber contribuido desde España al desarrollo de las normas de aquel Código sin haber adoptado legalmente un Código propio, véd. ORDÓÑEZ SOLIS, D., “La interpretación institucional de la ética judicial en Iberoamérica y en España”, en *Diario La ley*, 2019, nº 9358, pp. 14 y ss.

Con las influencias antedichas, inicia el CGPJ un proceso en el año 2014 que culmina dos años después con la adopción –en diciembre de 2016– de los *Principios de Ética Judicial*, que constituye un verdadero Código cuya estructura, dividida en un aparte dogmática y una orgánica, es similar a la del Código Iberoamericano⁵.

Contiene en su Parte I (que podríamos denominar *dogmática*) un elenco de principios, y es en su Parte II (parte *orgánica*) donde queda referida la creación de la *Comisión de Ética Judicial*, prescribiendo tanto su composición y sistema de elección⁶, como sus funciones. Estas, previstas en número de 4 en realidad pueden sintetizarse en las tres siguientes: 1.- Primera y principal, la contenida en el apartado a) del art. 1 de la Parte II: su función consultiva, de emisión de dictámenes por escrito sobre las consultas relativas a casos concretos que le formulen los órganos de gobierno judicial (Salas de Gobierno de los Tribunales y Juntas de Jueces), las Asociaciones Judiciales y también Juez (o Jueza) en servicio activo. 2.- Excepcionalmente, su función formativa, esto es, de elaboración de informes sobre cuestiones que resulten de interés general relativos al comportamiento ético de los Jueces, con exclusión en tal caso tanto del requisito de referencia a casos concretos como de la posibilidad de instancia por parte de cualquier Juez en servicio activo (reservándola exclusivamente para las Salas de Gobierno de los Tribunales, las Juntas de Jueces y las Asociaciones Judiciales (apartado d).

⁵ Puede consultarse al efecto, entre otros, el trabajo de ATIENZA RODRÍGUEZ, M (quien participó en su elaboración): *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 10 y ss.

⁶ Son los arts. 2 y 3 de la Parte II del Documento los que contemplan respectivamente la Composición y la Elección. Debe destacarse: que los miembros judiciales serán elegidos por todos los integrantes de la Carrera que se encuentren en situación de servicio activo; que la elección se llevará a cabo mediante voto personal, igual, directo y secreto, y deberá convocarse con tres meses de antelación a la terminación del mandato de la Comisión; que la circunscripción electoral será única para todo el territorio nacional; que las candidaturas deben ser individuales, resultando elegidos los que obtengan mayor número de votos, respetando la necesaria representación de todas las categorías judiciales; que el procedimiento electoral será organizado por vía electrónica por el Consejo General del Poder Judicial; y que quienes resulten elegidos como integrantes de la Comisión designarán al miembro no judicial. Completando el art. 4 los pormenores relativos al Mandato (duración, renovación y carácter honorífico).

3.- Y en tercer lugar, lo que podríamos denominar funciones divulgativas, de difusión, coordinación y desarrollo (apartados b) y c)⁷.

Como consecuencia de la existencia de dicho Código, hubo de ser reformada la LOPJ –en el año 2018–, con la introducción de una nueva regla (la 24ª) en el artículo 560.1, que incluye la siguiente atribución del CGPJ: 24ª. *La recopilación y actualización de los Principios de Ética Judicial y su divulgación, así como su promoción con otras entidades y organizaciones judiciales, nacionales o internacionales. El asesoramiento especializado a los jueces y magistrados en materia de conflictos de intereses, así como en las demás materias relacionadas con la integridad.*

Es necesario advertir que se mencionan como principios de Ética judicial determinados *Principios generales con los que la judicatura está familiarizada* (en términos textuales del Preámbulo), correspondiente a los principios de independencia, imparcialidad e integridad (Capítulos I, II y III respectivamente de la Parte I). Pero también se recogen en el mismo contexto normativo determinados *Modelos de comportamiento relativos a la justicia como prestación de un servicio*, mencionándose la cortesía, la diligencia y la transparencia⁸.

2. El carácter consultivo y no vinculante de la actuación de la Comisión de Ética Judicial

Bajo el enunciado general de *Efectos*, dispone el art. 6.1. de la Parte II que los actos de la Comisión *carecen de fuerza jurídica obligatoria y de efectos vinculantes*, teniendo en consecuencia un carácter meramente orientativo. No obstante lo cual, el Preámbulo enlaza el sistema de elección con el efecto de que los

⁷ *Promover la difusión y el conocimiento de los principios y proposiciones de Ética judicial recogidos en este texto y en otros de naturaleza análoga o semejante* (apartado b). Y *contribuir al desarrollo de las funciones atribuidas al CGPJ en la coordinación y la colaboración con otras Comisiones Judiciales de Ética, en particular con la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.* (apartado c).

También el Código Iberoamericano de Ética Judicial atribuye a la Comisión funciones de consulta, de formación y de divulgación. En cuanto a la divulgación, la Comisión ha convocado anualmente desde 2007 un concurso de ensayos sobre Ética Judicial y –cada dos años– el Premio iberoamericano al mérito judicial con el fin de homenajear la trayectoria ejemplar de los Jueces. Víd. al respecto ORDÓÑEZ SOLÍS, D., op. cit., p. 8.

⁸ *Cuyo grado de cumplimiento se percibe directamente por quienes acuden a los tribunales, contribuyendo así decisivamente a la formación de la opinión pública sobre la Justicia, y por eso mismo no pueden descuidarse como “menores”* en el Capítulo IV de la misma Parte I, como nos advierte el Preámbulo del texto.

dictámenes, recomendaciones e informes emitidos por la Comisión, debidamente *anonimizados* (...) *irán constituyendo un cuerpo de doctrina de gran utilidad*. Si bien no hay mención expresa en el articulado –hubiera sido oportuna la inclusión de esta referencia en los Efectos– enlaza ello directamente con la Publicidad referida en el art. 7 de la Parte 2 del Código⁹. En consecuencia, buen cuidado habrá de tener la Comisión a fin de evitar que ese cuerpo de doctrina no pueda funcionar a modo de *antecedentes* que posteriormente puedan ser tenidos en cuenta y utilizados en actuaciones contra integrantes de la carrera judicial.

No entraré en lo que sigue en reflexión alguna sobre la conveniencia o no de la existencia de dicho Código, dando por bueno que efectivamente en el siglo XXI se ha generalizado la necesidad de aplicar los ordenamientos éticos en las distintas profesiones (códigos de conducta, códigos éticos, normas deontológicas, etc.). Por ello, y teniendo en cuenta que precisamente la vigencia del principio de independencia judicial presenta distintos escollos para su inclusión en el mismo catálogo que las disposiciones en materia de función pública, un Código aparte parece más idóneo¹⁰. Pero si formularé algunas objeciones.

Y la primera y principal de las objeciones viene dada por lo incompleto de la definición del alcance –valga decir la indefinición– de las competencias de la Comisión en su función dictaminadora, constituyendo éste un punto esencial del sistema que está ocasionando problemas en la práctica, pudiendo advertir incluso que es más claro al respecto el Preámbulo que el propio articulado del Código.

Conecta esta primera objeción con una de las preocupaciones más intensamente expresadas por el colectivo judicial a lo largo de la preparación del texto: la posible interferencia entre los dictámenes de la Comisión y el régimen sancionador disciplinario. Al efecto, expresa el Preámbulo del Código la diferencia

⁹ Que prescribe que: 1. *La Comisión elaborará un informe anual sobre las actividades desarrolladas*. Y 2. *Los actos de la Comisión se harán públicos y el Consejo General del Poder Judicial les dará la máxima difusión, garantizando, en todo caso, la previa disociación de las referencias de carácter personal que contuvieran y con pleno respeto al derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos*.

¹⁰ Pensemos en la existencia del Estatuto Marco del personal estatutario del año 2003, que incorpora expresamente los valores de integridad, neutralidad, transparencia en la gestión, deontología y servicio al interés público y a los ciudadanos, tanto en la actuación profesional como en las relaciones con los usuarios. O en el Estatuto Básico del Empleado Público, del año 2007, que incluye un capítulo referido a los deberes de los empleados públicos y al código de conducta, a los principios éticos y de conducta.

entre los principios de la Ética judicial y el régimen disciplinario, destacando que la Ética judicial solo es concebible en *términos de estricta voluntariedad y ausencia de responsabilidad legal, al contrario de la disciplina, que es un conjunto de normas de obligado cumplimiento cuya vulneración arrastra consecuencias jurídicas*, actuando así con base en el estímulo negativo, cual es la sanción; siendo así que, por el contrario, la Ética judicial *opera como estímulo positivo en cuanto dirigida a la excelencia*, de modo que *la efectividad de los Principios de Ética Judicial provendrá del grado en que cada Juez los asuma como propios y los traduzca a modelos de conducta*.

E insiste reiteradamente el texto normativo en este punto, comenzando con lo dispuesto en el art. 1.2 de la Parte II del Código, que dispone expresamente lo siguiente: *La actuación de la Comisión no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria ni inmiscuirse en la determinación de la responsabilidad civil o penal de los jueces y juezas. Tampoco la actividad de la Comisión servirá de referencia o complemento en las actuaciones tendentes a dirimir responsabilidades civiles, penales o disciplinarias, salvo que redunde en beneficio del interesado*. Continuando con el art. 6 de la misma Parte II del Código Ético, que bajo el enunciado de Efectos, dispone que: *1. Los actos de la Comisión carecen de fuerza jurídica obligatoria y de efectos vinculantes. 2. No podrán ser objeto de consulta cuestiones o asuntos sometidos a investigación, enjuiciamiento o expediente disciplinario*. Y concluyendo –en fin– con el texto contenido en la Disposición Final: *Los presentes “Principios de Ética Judicial” no podrán utilizarse en ningún caso, ni directa ni indirectamente, con finalidad disciplinaria, salvo que redunde en beneficio del sujeto al procedimiento*.

Sin embargo, se plantea una duda específica por lo que se refiere a la salvedad mencionada *in fine* en la última disposición antedicha (la Disposición Final): *salvo que redunde en beneficio del sujeto al procedimiento*, que sintetizo brevemente en lo que sigue. No se alcanza a entender a quién se está refiriendo la mención al *sujeto al procedimiento*, incrementándose dicha duda si tenemos en cuenta que en el art. 1.2. de la Parte II se dice lo mismo pero en vez de utilizar el término *sujeto al procedimiento*, alude al *interesado*, al tiempo que amplía el espectro de la responsabilidad de la que deslinda la actividad de la Comisión, con inclusión de la responsabilidad civil o penal de los Jueces¹¹. De manera que

¹¹ Textualmente: *La actuación de la Comisión no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria ni inmiscuirse en la determinación de la responsabilidad civil o penal de los Jueces. Tampoco la actividad de la Comisión servirá de referencia o complemento en las actuaciones tendentes a dirimir responsabilidades civiles, penales o disciplinarias, salvo que redunde en beneficio del interesado*.

parece de difícil comprensión en cualquier caso quién pueda ser *el sujeto al procedimiento o interesado*, especialmente si tenemos en cuenta que el propio art. 6.2 de la Parte II del Código dice que *No podrán ser objeto de consulta cuestiones o asuntos sometidos a investigación, enjuiciamiento o expediente disciplinario*.

Por otro lado, la prohibición que establecen ambas disposiciones (la Disposición Final y el art. 6.2. de la Parte II) quizás pueda parecer excesiva o meramente voluntarista, si tenemos en cuenta que incluso el Tribunal Supremo ha apelado en alguna ocasión a las pautas éticas colectivas a la hora de hacer cumplir las normas penales¹². En este orden de ideas, hay que destacar que la dificultad de mantener la autonomía entre la responsabilidad ética y la responsabilidad disciplinaria es precisamente uno de los escollos que suele destacarse a la hora de conjugar los principios éticos con el principio de independencia judicial¹³. Y es precisamente esta una de las razones principales por las que no parece apropiado incluir las disposiciones de Ética judicial en el mismo catálogo que las disposiciones en materia de función pública, que entremezclan en el contenido de sus disposiciones la Ética y la responsabilidad disciplinaria, todas ellas con un acompañamiento de disposiciones que clarifican y refuerzan el régimen sancionador que resulte de aplicación, en consonancia con la responsabilidad respectiva a la que estén sujetos¹⁴. Por el contrario, el Código español de Ética judicial insiste reiteradamente en los nulos efectos disciplinarios de los principios y de las interpretaciones que de los mismos se hagan. Ya se ha mencionado líneas arriba.

¹² Víd. recientes Autos del TS, ambos de la Sala de lo Contencioso: ATS 1413/2018, de 7 de febrero de 2018 y ATS 1412/2018, de la misma fecha, en que la Sala examina diversas pautas éticas a la hora de analizar las causas de abstención y de recusación.

¹³ Víd. al respecto, STEIDEL FIGUEROA, S., *Disciplina judicial y ética de los Jueces: algunas controversias y propuestas*, en *Criterio Jurídico*, V, 8, nº 2 2008-2, Santiago de Cali, pp. 127 y ss.

¹⁴ Así el Estatuto Marco del personal estatutario del año 2003, que establece expresamente el carácter informador de los principios éticos en el régimen disciplinario del personal estatutario y de hecho el art. 4.h.). Por su parte el art. 52.2 del Estatuto Básico del Empleado Público dispone expresamente lo siguiente: *Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*. También puede citarse al efecto determinadas legislaciones estatales y autonómicas relativas a la transparencia y el buen gobierno, aplicables a los miembros de los Gobiernos nacional y autonómicos y al resto de los altos cargos de las Administraciones españolas: así, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de ámbito nacional, sin olvidar que prácticamente todas las Comunidades Autónomas han adoptado sus propias Leyes de Transparencia y buen gobierno.

Por lo que se refiere a la segunda objeción, ha de decirse que lo que el Código menciona en su Preámbulo como *principios generales con los que la Judicatura está familiarizada*, son algo más que esto, puesto que algunos de ellos están en la base del funcionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, con un destacable anclaje constitucional ampliamente desarrollado por nuestros Tribunales, comenzando por el TC, tal como sucede con los principios de independencia e imparcialidad¹⁵; por su parte, la inclusión de lo que el Código menciona en su Preámbulo como *modelos de comportamiento relativos a la justicia*, sí entran en el ámbito de la Ética judicial, dado que no se encuentran regulados del mismo modo en nuestro ordenamiento jurídico. Debe ponerse de relieve, no obstante, que aunque el Preámbulo realiza la distinción antedicha –entre *principios generales* por un lado y *modelos de comportamiento* por otro lado–, lo cierto es que el desarrollo del texto no se sirve de esta distinción, situando a todos ellos en un mismo plano (dado que se relacionan en el texto en sucesión ordenada dentro de la Parte I (Principios): Capítulo I (Independencia), Capítulo II (Imparcialidad), Capítulo III (Integridad), y Capítulo IV (Cortesía, diligencia y transparencia), lo que desde mi punto de vista resulta censurable, por cuanto no puede sino dar lugar a posibles equívocos entre legalidad y Ética.

II. LA INSUFICIENCIA DE LOS LÍMITES DISPUESTOS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL CÓDIGO ÉTICO PARA LA CARRERA JUDICIAL

1. La indefinición del alcance de los Dictámenes

Ni en la Parte I ni en la II del Código de Ética Judicial encontramos disposición alguna que establezca con claridad sobre qué materias puede dictaminar la Comisión y sobre cuáles no por afectación de la vertiente del principio de Independencia judicial de que gozan cada uno de los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto; consecuentemente, tampoco puede estar claro cuándo debe abstenerse de conocer por falta de competencia. Lo cierto es que solo hay dos menciones –claramente insuficientes– que

¹⁵ No sucede lo mismo con el principio de Integridad, incluido entre ellos, que induce a cierta confusión, por cuanto ni tiene éste la misma base constitucional ni legal, ni constituye un principio de la misma transcendencia, entrando –ese sí– en el ámbito de la Ética judicial.

vienen a poner algún límite al objeto de las consultas, si bien ninguna de ellas guarda relación con la vertiente por mí mencionada. Tales son: 1. Que las consultas deben hacer referencia a casos concretos. Y 2. Que no podrán ser objeto de consulta cuestiones o asuntos sometidos a investigación, enjuiciamiento o expediente disciplinario (art. 6.2. de la misma Parte II del texto normativo).

2. Análisis del razonamiento de los acuerdos de inadmisión

Dada la indefinición del alcance de lo que puede ser objeto de consulta, es interesante observar la fundamentación de las inadmisiones dictadas hasta el momento.

La falta del carácter personal de la consulta –por no tratarse de un Código deontológico que permita el ejercicio de denuncias–¹⁶ sirve de fundamentación al Acuerdo (Consulta 2/2018), de 23 de octubre de 2018, al afirmar que *las consultas no pueden servir para denunciar comportamientos ajenos, de modo que las preguntas han de ser personales por responder a dilemas morales que se plantea el Juez o Jueza interesado, lo que en el caso en cuestión no acontece*. Se trata de la Consulta efectuada por un miembro de la carrera judicial –que no es ni el ponente ni el director del curso– respecto del posible nepotismo y falta de transparencia por la actuación del director de un curso de formación dentro del Programa de Formación Continua del CGPJ, al incluir como ponente a su esposa, pidiendo el parecer de la Comisión sobre la selección de los ponentes; y la conclusión del Acuerdo es que la Comisión de Ética Judicial carece de competencia para pronunciarse sobre la cuestión solicitada por falta del carácter personal requerido de la Consulta. También el Acuerdo (Consulta 9/2018), de 3 de diciembre de 2018 tiene un fundamento similar para la declaración de incompetencia, por faltar el requisito de que las preguntas sobre modelos de conducta han de ser personales, por responder a dilemas morales que se plantea el juez o jueza interesado, *lo que aquí no acontece*¹⁷.

¹⁶ Así por ejemplo el de los jueces del Mecanismo para los Tribunales penales internacionales de Naciones Unidas de 9 de abril de 2018 que permite la denuncia por falta o incapacidad añade en su fundamentación.

¹⁷ Se trata de la consulta relativa a sí, tras la renuncia del magistrado D. Manuel Marchena a presidir el CGPJ y de un candidato a vocal avalado por la APM, pudiera entenderse que los restantes candidatos a vocal proclamados por la Junta Electoral tienen el deber ético de renunciar a su candidatura en el actual proceso de renovación en curso del CGPJ, citando para ello una

Por tratarse de hipotéticos casos de futuro y no de casos concretos, se dicta el Acuerdo (Consulta 4/2018), de 23 de octubre de 2018. Se trata de la consulta efectuada para solicitar un pronunciamiento sobre la compatibilidad de los Principios de Ética Judicial frente a posibles sanciones disciplinarias en aplicación del artículo 418.3 LOPJ. Concluye el Acuerdo que la Comisión carece de competencia para emitir un dictamen sobre la Consulta solicitada, dado que –afirma– se pide un pronunciamiento sobre la compatibilidad en abstracto y a propósito de hipotéticos casos futuros, lo que excede claramente del objeto propio de las Consultas, que han de referirse necesariamente a “casos concretos”, *esto es, a actuaciones particulares del juez o magistrado promotor de la consulta que a su juicio presenten un dilema práctico a la luz de los Principios de Ética Judicial. IV*¹⁸.

El carácter genérico de la consulta sirve igualmente para fundamentar el Acuerdo (Consulta 5/2018), de 23 de octubre de 2018, en el que solicitaba un pronunciamiento de la Comisión acerca de cuál ha de ser, con carácter general, el comportamiento de los Jueces ante opiniones o comentarios expresados en medios de comunicación que pudieran invadir la esfera de su honor o privacidad, de modo que, *con independencia de otras posturas éticas a adoptar frente a la opinión pública dentro del CGPJ, si la Comisión pudiera estudiar, si es oportuno, el tema de la imagen pública del juez, su vida privada, la forma de comportarse en público, las opiniones y críticas personales*. La Comisión de Ética Judicial entiende que carece de competencia para emitir un Dictamen sobre la Consulta formulada, dado que ésta no tiene cabida dentro del ámbito de competencias de la Comisión, al no cumplir con el requisito establecido en el apartado a) del artículo

amplia batería de incumplimiento de normas europeas y de circunstancias de inconstitucionalidad flagrante. Invoca para ello el artículo 122 de la Constitución, la STC 108/1996, de 13 de junio, la STEDH Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal, de 21 de junio de 2016, el informe GRECO 2018, la Carta Europea sobre el Estatuto del Juez, la Recomendación CM/Rec (2010)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y menciona la renuncia de un candidato a Vocal avalado por la Asociación Profesional de la Comisión de Ética Judicial Acuerdo Comisión de Ética Judicial 2 Magistratura y del Magistrado del Tribunal Supremo Sr. Marchena a presidir el CGPJ, un componente de la carrera judicial, que no es candidato a vocal del CGPJ, pregunta si los candidatos a Vocal proclamados por la Junta Electoral tienen el deber ético de renunciar a su candidatura.

¹⁸ En conclusión afirma la incompetencia para la emisión del dictamen solicitado, añadiendo que, tratándose de una consulta de naturaleza prospectiva *acaso pudiera resultar procedente* en el marco de los Informes que excepcionalmente pueden recabar las Salas de Gobierno de los Tribunales, las Juntas de Jueces o las Asociaciones Judiciales (apartado d) del artículo 1 de la Parte II de los Principios de Ética Judicial, que regula las funciones de esta Comisión).

1 de los Principios de Ética Judicial (“consultas relativas a casos concretos”), siendo así que *en el caso que nos ocupa se pide que la Comisión de Ética Judicial se pronuncie sobre temas muy genéricos, acerca de los cuales la Comisión Ética no puede efectuar pronunciamiento alguno por exceder de sus competencias.*

La incompetencia por razón de la materia fue esgrimida en dos ocasiones, y en resoluciones de muy distinto tenor.

En la primera ocasión –el Acuerdo (Consulta 4/2019), de 12 de febrero de 2019– se pide el parecer de la Comisión sobre el tratamiento y honores que corresponden a quienes, como Magistrados suplentes o Jueces sustitutos, asumen de forma interina la función judicial y cuál sería la designación correcta para su presentación pública o para la incorporación en su *curriculum*, tanto mientras dure el ejercicio de su función como una vez cesado o incluso ya sin tener renovado su nombramiento. Afirma la Comisión en su Acuerdo que carece de competencia para pronunciarse sobre la consulta planteada, dado que *esta cuestión no guarda relación directa con ninguno de los principios de Ética judicial*, por tratarse de una cuestión de Derecho Orgánico, para la que no tiene competencia la Comisión de Ética Judicial¹⁹.

La segunda ocasión es la más destacable a los efectos de la presente exposición, al suponer un significativo cambio de rumbo en relación con los Dictámenes correspondientes a las Consultas nº 7/2019, de 5 de junio, de 2019 y nº 1/19, de 8 de abril de 2019. Me refiero al Acuerdo de inadmisión emitido por la Comisión ante la Consulta 8/2019, de 5 de junio de 2019, que analizo en el apartado siguiente.

3. La principal preocupación expresada en las Consultas no incide en la esfera de la función jurisdiccional

Ha de observarse que de entre todos los Dictámenes emitidos hasta el momento son muy pocos los que inciden en el ejercicio de la función jurisdiccional

¹⁹ Si bien añade dos precisiones que vienen a ensombrecer la claridad expuesta, respecto a la incompetencia por razón de la materia, en las que no se adentra: una, que *indirectamente, sí podría afectar a la ética judicial el uso de esos tratamientos fuera de la actividad judicial, pero eso no es objeto de la consulta.* Y dos, que *sí podría afectar a la Ética judicial el uso que de dicho tratamiento pudiera hacerse en algún caso concreto*, pero que esto no ha sido objeto de consulta y, en su caso, exigiría concretar esas actividades extrajudiciales en las que se pretendiera usar y la forma de hacerlo.

propriadamente dicha, y ello porque la principal preocupación expresada en las Consultas realizadas por los Jueces versa sobre el principio de imparcialidad y sobre la *apariencia* de imparcialidad y la integridad, pero en referencia a actuaciones que escapan de lo que constituye el ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto²⁰. Refiriéndose, entre otras de este tenor, ya a la participación de los Jueces en actividades formativas o divulgativas (organizadas por un despacho profesional en un caso²¹ y por una Universidad privada en otro²²); ya sobre la publicación en medios de comunicación y en revistas científicas de asuntos judiciales propios que hayan sido objeto de sentencia²³; ya sobre la publicación de una obra por parte del Juez en una Editorial propiedad de profesional que actúa como administrador concursal en el Juzgado del consultante²⁴; ya sobre el ámbito de la relación social del Juez en ciudad pequeña²⁵; ya sobre el uso de las redes sociales en el ámbito de la vida privada²⁶; ya sobre la aceptación de regalos o cortesías²⁷; ya sobre reconocimientos, distinciones y condecoraciones otorgadas por instituciones públicas a miembros de la carrera judicial²⁸; ya –en fin– sobre la libertad de expresión en documentales televisivos sobre asuntos judiciales²⁹.

²⁰ Al igual que sucede en relación con la actividad desarrollada por la actividad de la Comisión Iberoamericana en sus Dictámenes, recayendo muy en particular en torno a incompatibilidades no previstas legalmente (por ejemplo a una logia masónica), al uso de las redes sociales por los Jueces, sobre la integración de tribunales u otro tipo de órganos para dilucidar conflictos en organizaciones como la FIFA o sus federaciones de fútbol asociadas, o sobre la relación entre los Jueces y los medios de comunicación. Víd. al efecto el análisis de ORDÓÑEZ SOLÍS, D., op. cit., pp. 8 y ss.

²¹ Dictamen (Consulta 3/2018), de 23 de octubre.

²² Dictamen (Consulta 7/2018), de 3 de diciembre.

²³ Dictamen (Consulta 6/2019), de 8 de abril.

²⁴ Es el caso del Dictamen (Consulta 5/2019), de 8 de abril.

²⁵ Dictamen (Consulta 2/2019), de 12 de febrero de 2019.

²⁶ Dictamen (Consulta 10/2018), de 25 de febrero de 2019.

²⁷ Dictamen (Consulta 10/2019), de 12 de junio de 2019.

²⁸ Es el caso del Dictamen (Consulta 14/2019), de 23 de octubre.

²⁹ Dictamen (Consulta 15/2019), de 23 de octubre.

III. CRÍTICA A LOS DICTÁMENES CON INCIDENCIA EN LA ESFERA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. Los Dictámenes que tienen incidencia en la esfera de la función jurisdiccional. Crítica

Pero hay algunos otros Dictámenes que incursionan asimismo en un ámbito que haría bien la Comisión en entender como vedado, por afectación de la debida independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Entre los más destacables en este sentido, nos encontramos en primer lugar –por orden cronológico– con el Dictamen (Consulta 11/2018), de 23 de enero de 2019, en que la Comisión se pronuncia acerca de las implicaciones del principio de Imparcialidad en el ejercicio de las facultades del Juez en la mediación intrajudicial, adentrándose en cuestiones estrictamente legales del asunto la Comisión en su Dictamen. Se había pedido el parecer de la Comisión sobre algunos problemas de Ética judicial que –entiende el solicitante– se suscitan con ocasión de la mediación intrajudicial o *la “función negociadora” que atribuyen al Juez determinados preceptos de nuestro ordenamiento*, tanto con carácter general (*cómo debe ejercerse la mediación judicial sin merma de las exigencias derivadas de los Principios de ética judicial, en concreto, el de imparcialidad*), como de modo particular (cuál debe ser el papel del Juez, cómo interpretar la exhortación legal de que el Juez invite o sugiera a las partes que lleguen a un acuerdo, etc.)³⁰, alegando el solicitante la posible afectación del principio de imparcialidad (principalmente en sus reglas 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 17). En su Dictamen, la Comisión comienza destacando que no le corresponde interpretar los preceptos que en nuestro ordenamiento procesal atribuyen al Juez facultades de instar la conciliación entre las partes, pero –a renglón seguido– añade que sí que procede, *en cambio, efectuar consideraciones sobre el modo en que los Principios de Ética judicial pueden incidir en el mejor modo de ejercer esas facultades*. De modo que, tras realizar un pormenorizado análisis jurídico de la cuestión, concluye en un

³⁰ También acerca del *lugar más adecuado para la mediación y si debe grabarse; caso de frustrarse la mediación, si el juez puede usar en su resolución el conocimiento y las manifestaciones surgidas de la mediación; si el juez, para exhortar a llegar a un acuerdo, puede mencionar cuál es la doctrina aplicada a casos similares; y si podría advertirse que alguna de las posturas sostenidas podría ser considerada como temeraria a efectos de costas*.

extensísimo capítulo conclusivo, en el que se entremezclan apreciaciones de muy diversa índole, legales unas y estrictamente pertenecientes al mundo de la Ética judicial, que parece desde luego censurable³¹.

Asimismo, tiene incidencia jurisdiccional el Dictamen (Consulta 9/19), de 12 de junio de 2019, sobre la posibilidad de introducción de hechos distintos a los alegados por las partes en un asunto del orden jurisdiccional social. Concretamente se pide el parecer de la Comisión sobre la posibilidad de que un Juez que ha conocido de un asunto laboral en el que la demanda se dirige frente a dos empresas, pueda tener en cuenta lo resuelto en dicho proceso para dictar

³¹ Destacando las siguientes:

1. *Que el Juez no ha de efectuar valoraciones de los hechos, ni introducir cuestiones o argumentos no esgrimidos por las partes.*

2. *Que sería más conveniente que el juez no estuviera presente en la negociación de las partes, para evitar el riesgo de que se le generen prejuicios sobre las posturas adoptas y de tomar conocimiento sobre extremos que no podrían ser valorados en la decisión a adoptar en caso de falta de acuerdo.*

3. *Que el Juez debe limitarse a poner de manifiesto las ventajas de la soluciones consensuadas entre las partes, pero no a tomar posición sobre la controversia, si bien además de invitar y posibilitar que las partes lleguen a un acuerdo, puede advertir de las ventajas que ello puede suponer respecto de los tiempos de resolución, eficiencia económica, facilidades de ejecución, posibles alternativas que no tienen cabida en la resolución judicial, soluciones más allá del estrecho margen del proceso o la estabilidad y mejora de futuras relaciones entre los litigantes. También puede exponer las dificultades que presenta el caso concreto y la postura seguida por el juez o los tribunales superiores en casos similares.*

4. *Que nos parece más oportuno que no quede registro de lo hablado en esa reunión de mediación, para evitar su uso en el enjuiciamiento del caso, si se frustra la mediación.*

5. *Que, en el caso de que el acuerdo no sea posible, si el Juez ha intervenido o presenciado la negociación entre las partes, debería realizar un esfuerzo para resolver sin tener en cuenta aquellos hechos u argumentos que las partes hayan hecho valer en la negociación, advirtiendo además que en todo caso, la resolución únicamente debe tener en cuenta aquellos elementos de hecho y de derecho que se hayan introducido y acreditado en forma en el proceso.*

6. *Que el Juez puede dar a conocer la doctrina seguida en ese mismo órgano judicial o en los que conocen del recurso, si bien con cautela y sin que suponga la imposibilidad de adaptar la doctrina a las singularidades del caso, puestas de manifiesto por las partes, sobre lo que en muchos casos se centrará la cuestión litigiosa, por cuanto además, en ese momento la prueba aún no se ha practicado y el juez no debe dar una apariencia de inamovilidad en sus criterios.*

Y 7. *Que el Juez para incentivar el acuerdo, no debe acudir al recurso de calificar la posición de una de las partes de temeraria, con las eventuales consecuencias sobre la condena en costas. Esta manifestación, en cuanto puede suponer un adelanto del fallo y una toma de postura respecto de las pretensiones formuladas, es contrario al principio de imparcialidad y, además, puede ser percibido por la parte como un medio de coacción para forzar el acuerdo.*

sentencia en otro en el que solo se demanda a una de esas empresas, o bien pueda solicitar de oficio la ampliación de la demanda, en aras a evitar un perjuicio para los trabajadores. Asimismo, se solicita que la Comisión emita dictamen sobre la posibilidad de tener en cuenta los datos que aparecen en los archivos del Juzgado para aplicarlos a supuestos individuales en los que la prueba aportada resulta insuficiente para dictar sentencia en los términos interesados por la parte actora. Todo ello en el entendimiento de que la cuestión planteada guarda relación con la independencia, en concreto con el principio 2³², y también con la imparcialidad (y, en concreto, con los principios 10³³, 11³⁴ y 12³⁵). La Comisión entra en el análisis de la cuestión, debiendo destacar en su análisis que entra en valoraciones sobre lo que supone la ampliación de la demanda –entre otros extremos– concluyendo del siguiente modo: 1. *Con carácter general, en su labor de enjuiciamiento, el juez debe evitar guiarse por la información que pudiera tener sobre la cuestión objeto de enjuiciamiento, mientras no haya sido alegado por alguna de las partes, por lo que a la hora de dictar sentencia deberá prescindir de los datos obtenidos fuera del proceso.* 2. *En tanto la ley procesal no lo permita, en ningún caso el juez puede introducir hechos distintos a los alegados por las partes ni tratar de suplir las funciones de los profesionales que intervienen en los procedimientos.* Y 3. *Por lo que se refiere a los hechos probados, el juez debe hacer un esfuerzo por atenerse objetivamente al resultado de la prueba practicada.*

En sus Dictámenes de 8 de abril y de 5 de junio de 2019 (Consultas nº 1/2019 y 7/2019 respectivamente) entra de lleno la Comisión en los criterios de decisión

³² Con arreglo al cual *El juez y la jueza deben situarse en una disposición de ánimo que, al margen de sus propias convicciones ideológicas y de sus sentimientos personales, excluya de sus decisiones cualquier interferencia ajena a su valoración de la totalidad de la prueba practicada, a la actuación de las partes en el proceso, de acuerdo con las reglas del procedimiento, y a su entendimiento de las normas jurídicas que haya de aplicar.*

³³ La imparcialidad judicial es la ajenidad del juez y de la jueza respecto de las partes, para con las que han de guardar una igual distancia, y respecto del objeto del proceso, con relación al cual han de carecer de interés alguno.

³⁴ La imparcialidad opera también internamente respecto del mismo juzgador o juzgadora a quien exige que, antes de decidir un caso, identifique y trate de superar cualquier prejuicio o predisposición que pueda poner en peligro la rectitud de la decisión.

³⁵ El juez y la jueza no pueden mantener vinculación alguna con las partes ni mostrar favoritismo o trato preferencial que ponga en cuestión su objetividad ni al dirigir el proceso ni en la toma de decisión.

jurisdiccional, revisando y censurando de manera preventiva el ejercicio de la jurisdicción, en unas consideraciones en las que mezcla los distintos niveles ético y jurídico de la cuestión sin claridad alguna. Los hechos hacen referencia a dos Consultas relativas al uso de Internet para buscar información sobre las partes, sus abogados o el objeto de la controversia, vinculando ello a la posibilidad de realización de prueba de oficio en procesos no penales.

Ha de decirse que las consultas relativas al uso de los medios tecnológicos (Redes sociales en especial) constituyen una de las vertientes que viene preocupando más ampliamente al colectivo judicial español³⁶, y así ha sucedido asimismo en el funcionamiento de la Comisión Iberoamericana³⁷. Al efecto, cabe destacar lo dispuesto en el Dictamen (Consulta 10/2018), de 25 de febrero de 2019, cuya consulta se centraba en el uso de las redes sociales por quienes integran el Poder Judicial³⁸.

³⁶ ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “Jueces y medios de comunicación bajo el mismo prisma ético: A propósito del nuevo Dictamen de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial”, *Diario La Ley*, nº 9197, 2018 (15 de mayo).

³⁷ Efectivamente, y tras un primer Dictamen –dictado en 2014 en respuesta a la consulta del Poder Judicial de Paraguay sobre la pertenencia de los Jueces a las logias masónicas en el Paraguay–, la Comisión aprobó un segundo Dictamen –previa consulta del Poder Judicial de Costa Rica– sobre el uso de las redes sociales por parte de los Jueces, en un documento en el que se hace un estudio de los efectos que tiene el uso de las redes sociales por los Jueces, advirtiendo de los peligros inherentes y subrayando asimismo los aspectos positivos y las potencialidades de una utilización apropiada en su caso.

³⁸ *¿Puede un Juez presentarse públicamente como tal en las redes sociales?, ¿debe mostrar su identidad o es admisible utilizar un alias que reivindique su condición de Juez?, ¿es admisible identificar el Tribunal al que se pertenece?, ¿puede mostrar opiniones particulares?, etc. Cuestiones que la Comisión agrupa en tres bloques diferenciados: uno referido al modo en que los Jueces deben acceder a las redes sociales y a la procedencia de que se identifiquen como integrantes del Poder Judicial; el segundo se refiere a la expresión de opiniones al contenido de las publicaciones y a las reacciones mostradas por parte de los Jueces en las redes sociales; y el tercero alude a las reacciones mostradas por parte de los Jueces en las redes sociales.*

Sin poder adentrarnos en la cuestión, sintetizamos brevemente la respuesta de la Comisión respecto a tales dudas: 1. La participación de los Jueces en las redes sociales no es contraria a los principios de Ética judicial, pero la forma de presentarse e intervenir puede generar riesgos en relación con el respeto a principios de Ética judicial. 2. Los Jueces pueden expresar sus opiniones particulares, ya tengan naturaleza jurídica o no, si bien deben ser extremadamente cuidadosos a la hora de expresar sus opiniones, evitando cualquier referencia a asuntos judiciales de los que estén conociendo. Y 3. El principio de cortesía social ha de estar siempre presente en cualquier caso.

Pero lo particularmente interesante de la Consulta nº 7/2019, de 5 de junio de 2019 es que no se solicitase el parecer respecto del uso de las redes sociales por parte de los Jueces en su vida social sino en el ejercicio estricto de su función jurisdiccional. El planteamiento concreto fue el parecer de la Comisión acerca del uso de Internet por parte del Juez para la búsqueda de información relacionada con la fundamentación fáctica de una pretensión y su utilización en el marco de un proceso concreto como prueba de oficio. Se trataba de un Juez de lo Contencioso-administrativo, quien afirma en su Consulta que, en su experiencia cotidiana en determinados litigios en materia de Urbanismo y Medio ambiente, constata a menudo –y cito textualmente– *intentos frecuentes de engañarnos descaradamente. En tales tesituras –añade– yo hago mis averiguaciones a través de Internet (...) y si veo algo relevante lo llevo al proceso como prueba de oficio.* De modo que pide el parecer de la Comisión respecto a la búsqueda en Internet de información relativa al caso en el enjuiciamiento de recursos contencioso-administrativos, y lo hace desde su parecer de que *no cree estar conculcando ningún principio ético, dado que está en juego el interés público y a las partes les ofrezco la posibilidad de valorar esas pruebas de oficio.*

No fue ésta la primera Consulta que se adentra en la mencionada problemática, si bien sí es la que se realiza de modo que la duda en cuestión constituya el objeto propiamente dicho de la Consulta. La primera Consulta que incursionó en dicha problemática fue realizada un par de meses antes por un Juez del orden jurisdiccional Social (Consulta nº 1/19, de 8 de abril de 2019). En aquel caso, la duda inicial no se planteaba en el entorno de la prueba digital, partiendo el Juez de una duda más amplia acerca del conocimiento privado y casual del Juez en un proceso, en aquel caso del orden social. Pero la Consulta extiende la duda –prosigue *¿y si tal conocimiento no fuera tan casual, sino que el Juez hubiera seguido al actor?*– y termina planteando la cuestión de si la utilización de las nuevas tecnologías, por ejemplo a través del rastreo de las actividades diarias actividades diarias en las redes sociales de las personas implicadas en un proceso, sería adaptada a las normas de la Ética, pudiendo en consecuencia tener en cuenta el resultado obtenido de tales pesquisas para la resolución de la controversia.

Se trataba de un juicio sobre invalidez de un trabajador –un peón de la construcción– en el que el actor había aportado a la causa pruebas médicas que señalaban una lesión dorso-lumbar que limitaba su capacidad de andar, siendo así que –de forma casual y en la estación de Renfe– se encontró dos horas

después del Juicio el Juez con dicho trabajador, viéndole caminar en esta ocasión perfectamente y de un modo contrario a lo dictaminado en la pericia aportada. De modo que el objeto de la Consulta fue concretamente la siguiente: se pide el parecer de la Comisión sobre la incidencia que tiene en el enjuiciamiento de una causa –en este caso laboral– el conocimiento que pueda haber llegado a tener el Juez fuera del proceso, ya sea de forma fortuita, ya sea porque ha buscado más información por Internet³⁹.

El Dictamen emitido ante la primera Consulta mencionada afirma que, desde la perspectiva ética, tal conducta afecta a la independencia y a la imparcialidad, en ambos casos en la acepción que al efecto contempla el Código Ético. A la independencia judicial –tal como se contempla en particular en el Capítulo I.2 de la Parte I–: *disposición de ánimo que excluya de sus decisiones cualquier interferencia ajena a su valoración de la totalidad de la prueba practicada, a la actuación de las partes en el proceso, de acuerdo con las reglas del procedimiento, y a su entendimiento de las normas que haya de aplicar.* Y a la imparcialidad (igualmente tal y como se contempla principalmente –dispone– en el Capítulo II. 11, 13 y 14 del Capítulo II de la Parte I del Código). A saber: 11.*La imparcialidad opera también internamente respecto del mismo juzgador o juzgadora a quien exige que, antes de decidir un caso, identifique y trate de superar cualquier prejuicio o predisposición.* 13. *En la toma de decisiones, el Juez y la Jueza han de evitar llegar a conclusiones antes del momento procesalmente adecuado a tal fin, que es el inmediatamente anterior a la resolución judicial.* Y 14. *La imparcialidad impone una especial vigilancia en el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las partes y demás intervinientes en el proceso.*

De modo que –puntualiza el Dictamen– tratándose del orden social, el Juez ha de evitar cualquier prejuicio contra alguna de las partes que pudiera tener su

³⁹ La cuestión que se plantea es: en virtud de los principios rectores de este proceso, ¿puede el Juez tomar en cuenta tal conocimiento para resolver la controversia? El consultante dice ser consciente de que *desde el punto de vista estrictamente jurídico la problemática tiene semejanza con la de las pruebas contaminadas e ilegales en otros ámbitos*, y en evitar la figura del *Juzgador inquisidor*. Dice: *También en el ámbito social declaramos nulos los vídeos realizados por la empresa sin conocimiento de la existencia previa de la grabación. Pero en tales casos el supuesto de nulidad de la prueba aparece más claro...* Y concluye preguntándose dónde se pone el límite infranqueable para evitar actuaciones censurables en ese ámbito, dado que las nuevas tecnologías pueden aportar mucha información sin duda alguna.

origen en información obtenida fuera de los cauces procesales oportunos. *Ello a diferencia –añade– de lo que sucede en determinados ámbitos jurisdiccionales* (menciona el caso de los procesos penales y los de familia e incapacidades en el orden jurisdiccional civil) *en los que –sigue diciendo– la tutela de ciertos bienes jurídicos de especial trascendencia requiere una actuación del Juez encaminada a la indagación de la verdad material dentro del proceso, pero siempre se debe procurar observar los principios éticos de independencia e imparcialidad reseñados, comunes a cualquier clase de actuación judicial y guía del comportamiento ético del Juez.* La conclusión del Dictamen es que la valoración ética sobre el empleo que el Juez pueda hacer de la información de que dispone, al margen de lo alegado por las partes, debe partir de las concretas reglas procesales que rigen ese orden jurisdiccional, y en concreto de las eventuales excepciones a los principios dispositivo y de aportación de parte y a las facultades que se reconocen al Juez para introducir hechos no alegados por las partes y practicar pruebas de oficio. Pero establece asimismo unas pautas de carácter general por las que el Juez debe evitar guiarse por la información que pudiera tener sobre la cuestión objeto de enjuiciamiento si no ha sido alegado por alguna de las partes, a través de las cuales incide directamente en la interpretación de normas de estricto contenido procesal y afectantes al ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto⁴⁰.

Con base en lo dispuesto en el Dictamen precedente, el Dictamen emitido en la Consulta nº 7/2019, de 5 de junio de 2019, vuelve a los mismos principios allí mencionados, dando ya respuesta explícita a la pertinencia o no de la búsqueda de información adicional en Internet relacionada con lo que es objeto de enjuiciamiento, destacando que, si bien parte de la afirmación inicial de que *la pertinencia de la búsqueda de oficio en Internet de información adicional relacionada con lo que es objeto de enjuiciamiento se enmarca en el concreto régimen legal procesal que rige ese enjuiciamiento (en este caso, contencioso-administrativo),*

⁴⁰ Las siguientes: si la Ley procesal no lo permite, el Juez no puede introducir hechos distintos a los alegados por las partes; mientras esté pendiente el enjuiciamiento de una causa, *el Juez debe ser consciente de que buscar información en Internet sobre las partes, sus abogados o la cuestión objeto de controversia, puede alterar la posición imparcial que debe adoptar en su enjuiciamiento; y si, como consecuencia de los hechos de los que ha tenido conocimiento fuera del proceso, el Juez se ve inclinado a emitir una decisión en un sentido distinto a aquel en que hubiera resuelto de no tener ese conocimiento, puede valorar la posibilidad de abstenerse, y si no existiere causa legal de abstención, debería prescindir, en la valoración probatoria, del conocimiento de esos hechos obtenidos fuera del proceso.*

correspondiendo esa interpretación a los Tribunales competentes y no a esta Comisión, se adentra a continuación en las consideraciones éticas de la cuestión (En la búsqueda de información adicional por Internet existe un riesgo, del que los Jueces deben ser conscientes, de que esa información relacionada con el caso o con las partes y sus letrados pueda sesgar su enjuiciamiento), confundiendo de nuevo los planos legal y ético al afirmar seguidamente que En cualquier caso, al realizar esas averiguaciones de oficio, el Juez ha de asegurarse de que no se conculca la igualdad de oportunidades de las partes, en relación con la aportación de información y la prueba.

Debiera estar claro que el uso de Internet por parte del Juez para buscar información sobre las partes, sus abogados o el objeto de la controversia tiene –y debe tener– solución a través de la legalidad y no de la Ética, porque en definitiva no difiere dicha adquisición de conocimiento de la que pudiera tener el Juez indagando a través de cualquier otro medio. El problema es que refleja –tanto la Consulta como el Informe– una preocupante falta de sustrato dogmático y de conocimiento de Derecho Procesal en torno a la vigencia de los principios dispositivo y de aportación en relación con el conocimiento privado del Juez, así como de la delimitación entre ambos, percibiéndose ello en sus consideraciones sobre lo que constituye la Prueba de oficio.

Resultando ajeno al objeto de este trabajo la pertinente crítica al respecto por razones obvias –queda pendiente para otro trabajo– cabe afirmar simplemente que resulta inadecuada la incursión que realiza la Comisión sobre los principios rectores de los diversos órdenes jurisdiccionales y su posible atenuación, y que por supuesto están de más cualesquiera reflexiones en torno a la interpretación de la regulación legal de la prueba de oficio en los diversos órdenes jurisdiccionales.

El rechazo que debe merecer la incursión de la Comisión de Ética Judicial en cuestiones jurisdiccionales en sentido estricto tiene una base argumental tan obvia que pudiera parecer innecesaria. No obstante, y a la vista de lo expuesto, podría sintetizarse en el hecho de que la propia configuración legal de dicha Comisión –adscrita al CGPJ, órgano de gobierno por excelencia del Poder Judicial– ha de impedirlo, no pudiendo entrar en ningún caso a juzgar esa parcela irreductible que representa el ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados. Sin necesidad de entrar

aquí en el deslinde de las distintas vertientes del principio de la Independencia judicial⁴¹, baste alegar simplemente lo dispuesto al efecto en el art. 12 LOPJ, en sus apartados 1 y 3, en cuya virtud: 1. *En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.* Y 3. *Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.*

Sucede además que la implicación de unos principios éticos que se quedan en consejos, confundiendo *lo que es* (en la Ley) con *lo que debe ser* (en la Ética judicial) en el marco de una actuación procesal concreta constituye un ejercicio peligroso desde el punto de vista jurídico, porque –dado el carácter no vinculante de los dictámenes– pudiera extraerse la muy errónea conclusión de que también las disposiciones legales sustantivas y procesales que vinculan al Juez en un Proceso cualquiera pudieran ser de uso discrecional.

2. Crítica a la vulneración de los principios de independencia y de legalidad a través de dicha función dictaminadora

Al objeto de poder arrojar alguna luz al respecto, debiera estar claro –como punto de partida– que en ningún caso pueda pronunciarse la Comisión sobre aspectos que incidan directamente en el ámbito mencionado, esto es, el ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto. Y así, por ejemplo, si se realizase una Consulta acerca de la posible afectación de falta de Ética derivada de la interpretación que el Juez consultante hace de las disposiciones que regulan el funcionamiento de las Diligencias Finales del art. 435 de la LEC en particular a la posibilidad del acuerdo de oficio, no debería la Comisión entrar a dictaminar. Hay que entender que lo impide en particular lo dispuesto en el art. 12. 1 LOPJ: 1. *En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.*

⁴¹ La preocupación por el tema de la Independencia judicial en sus diversas vertientes ha estado patente entre mis preferencias de estudio, debiendo mencionar aquí mi obra GONZÁLEZ GRANDA, P., *Independencia del Juez y control de su actividad*, ed. Tirant lo Blanch (Tirant Monografías), 1993. En particular referencia a la independencia del Juez frente a la actividad del CGPJ, pp. 38 y ss.

Pero, en segundo lugar, debiera estar claro asimismo –y tampoco parece estarlo– que, en virtud del respeto al principio de legalidad, no debiera la Comisión entrar a dictaminar allí donde el objeto de la Consulta requiera una respuesta estrictamente legal, y ello aunque no se trate del ejercicio de la función jurisdiccional en sentido estricto. El ejemplo podría ser en tal caso cualquier tipo de Consulta realizada acerca de la procedencia ética de alguna de las limitaciones que tienen los Jueces dispuestas en los arts. 389 y ss. LOPJ. Imaginemos que se somete a valoración de la Comisión la idoneidad ética de disposiciones tales como la recogida en el art. 390.1 (*Los que ejerciendo cualquier empleo, cargo o profesión de los expresados en el artículo anterior fueren nombrados Jueces o Magistrados, deberán optar, en el plazo de ocho días, por uno u otro cargo, o cesar en el ejercicio de la actividad incompatible*). Aunque se realice en relación con un asunto concreto (requisito exigido en virtud de lo dispuesto en el art. 1.1. de la Parte II del Código para cualquier consulta efectuada por un Juez), la Comisión debiera declinar su conocimiento.

No puede perderse de vista además que la Ética Judicial se contempla en el Código como *un estímulo positivo en cuanto dirigido a la excelencia*, concebible solo *en términos de estricta voluntariedad* (textualmente en el Preámbulo), que no constituye siquiera un Código Deontológico, sino un texto de principios de Ética. Exactamente en tales términos se expresa así el Dictamen (Consulta 10/2018) de 25 de febrero de 2019 en su Punto 4: *Con carácter previo a analizar cada una de las cuestiones planteadas, debemos recordar que el Texto de Principios de Ética Judicial asumido por el Pleno del Consejo general del Poder Judicial (...) ha sido concebido como un texto de principios de ética y en modo alguno como un Código Deontológico*⁴². Y ello porque la efectividad de estos principios de Ética ha de provenir solo del grado en que cada Juez los asuma como propios y los traduzca en modelos de conducta⁴³. Por el contrario –y la cita es innecesaria por

⁴² Asimismo, se menciona en el Acuerdo de inadmisión (Consulta 2/2018), de 23 de octubre de 2018 que Las consultas no pueden servir para denunciar comportamientos ajenos. No es esta la finalidad del sistema implantado, que no responde al de un código deontológico que permita el ejercicio de denuncias (así por ejemplo el de los jueces del Mecanismo para los Tribunales penales internacionales de Naciones Unidas de 9 de abril de 2018 que permite la denuncia por falta o incapacidad).

⁴³ Y ello a pesar –por cierto– de que la tercera de las Recomendaciones más significativas que el GRECO había dirigido a España en su Informe de Evaluación de 2014 era la necesidad de que se adoptara un Código deontológico específico para Jueces y Magistrados en el que, entre otras

ampliamente asumida– la ética profesional o *deontología* profesional presenta una serie de principios y reglas de cumplimiento obligatorio⁴⁴.

A la vista de lo expuesto, hay que constatar que falta en definitiva en el texto del Código una disposición expresa y clara que ponga límites precisos a la función dictaminadora de la Comisión, de modo que tanto ella como los consultantes –y en definitiva, todos los ciudadanos, verdaderos beneficiarios de la actuación excelente del colectivo judicial– puedan saber qué cuestiones o asuntos pueden ser objeto de consulta y cuáles no. Echándose de menos –en fin– en el art. 6 de la Parte II una exclusión relativa a los extremos antedichos.

3. El acierto del Acuerdo de inamisión (Consulta 8/2019, de 5 de junio de 2019)

Es por eso que hay que aplaudir sin reservas el tenor del Acuerdo de inamisión emitido por la Comisión ante la Consulta 8/2019, de 5 de junio de 2019, relacionada de forma indirecta según el consultante –a mi juicio de forma directa– con el contenido del Dictamen de la Consulta 1/2019, en el que –recordamos– se expresó el parecer de la Comisión sobre el conocimiento privado

materias, se contemplaran aquellas cuestiones específicamente referidas a los conflictos de intereses, así como en su caso al establecimiento de un específico órgano encargado de asesorar a los miembros de la carrera judicial en esta materia. Sucintamente enunciadas, las otras Recomendaciones eran: revisar la forma de elección del Consejo General del Poder Judicial, revisar el método de designación de Jueces para las Altas Magistratura y, finalmente, elevar los plazos máximos de instrucción referidos a los procedimientos disciplinarios contra Jueces y Magistrados. Puede consultarse al respecto, CAMISÓN YAGÜE/ SORIANO MORENO, S., op. cit., p. 345 y ss. atura y, finalmente, elevar los plazos máximos de instrucción referidos a los procedimientos disciplinarios contra Jueces y Magistrados.

⁴⁴ Ya se trate de la deontología profesional del psicólogo, del médico, del farmacéutico, del arquitecto, del militar o en el ámbito de los operadores jurídicos: del abogado, procuradores, registradores, etc. Baste mencionar, entre otros muchos, los siguientes y representativos trabajos al respecto: VÍA RAMOS, H., *Deontología profesional: deontología profesional del abogado*, ed. Dykinson, 2013. DELGADO COBOS, J.M., “La deontología profesional”, en *Cuadernos de estrategia*, nº 19, 1990 (Ejemplar dedicado a la profesión militar desde la perspectiva social y ética), pp. 163 y ss. GABALDÓN LÓPEZ, J., “Reflexiones sobre ética judicial”, en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología*, op. col., vol. 2, 2003. FERRAJOLI, L., “Sobre la deontología profesional de los abogados”, en *El buen jurista: Deontología del Derecho*, op.col. (coord. García Pascual, C.), 2013, pp. 203-215. PARICI MILLARES y LOPEZ GUZMÁN, “Concepto y fundamento de la Deontología”, en op. col. *Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid, 2003.

del juez de hechos adquirido fuera del proceso y la obtención por el Juez de información a través de Internet o redes sociales sobre la cuestión objeto de controversia.

Concretamente se pide el parecer de la Comisión sobre si en el supuesto de que un Juez tenga conocimiento fuera del proceso de unos hechos que pudieran ser constitutivos de delito (aportación de pruebas falsas o comisión de alguna falsedad documental, por ejemplo) tiene la *obligación ética* de suspender el Juicio y dar cuenta al Ministerio Fiscal o al Juzgado de Instrucción. Argumenta el consultante que, en casos como el del demandante que fue visto andando pese a que las pruebas en juicio contradecían tal realidad –en referencia al Dictamen de la Consulta 1/2019–, es decir, en caso en los que parece *tan evidente que las pruebas en Juicio pudieran haber sido falseadas, quizás podríamos estar ante delitos de estafa procesal y otros (falso testimonio, falsedad documental, falsas periciales...), pienso que el Juez debiera suspender el juicio haciendo constar lo ocurrido y derivar la causa al Juzgado de Instrucción o a la Fiscalía*. Porque –prosigue en su Consulta– *no puede un Juez ser consciente de un engaño flagrante y de posibles pruebas falsas y no actuar, dejándose engañar. No me parece ético ni acorde con el deber de no participar en delitos*.

El Dictamen correspondiente a dicha Consulta es muy interesante, debiendo aplaudirse el cambio de rumbo que el mismo representa respecto concretamente a lo dispuesto en el Dictamen (Consulta 1/2019) aludido por el Juez consultante⁴⁵. No obstante, deja una duda en el aire, que expondré enseguida.

Pero antes, el primer comentario que sugiere es que constituye la Consulta una buena muestra de la confusión que sembró el Dictamen correspondiente a la Consulta 1/2019, en particular en cuanto a sus consideraciones en torno al conocimiento privado del Juez y a sus repercusiones en los distintos órdenes jurisdiccionales, en relación con los principios dispositivo y de aportación, con el entorno de las redes sociales y con la prueba de oficio. Confusión que lleva a

⁴⁵ Asimismo ha de considerarse que resulta improcedente el Dictamen emitido en la Consulta nº 7/2019, de 5 de junio de 2019, relativo a la pertinencia o no de la búsqueda de información adicional en Internet relacionada con lo que es objeto de enjuiciamiento en relación con la prueba de oficio, dado que incursiona en valoraciones jurídicas sobre la prueba de oficio que no pueden sino ser perturbadoras. Ya ha sido dicho líneas arriba.

un Juez a entender que quizás las implicaciones éticas puedan estar por encima de lo que digan las Leyes de Enjuiciamiento, al preguntar a la Comisión si podría estar en entredicho la Ética judicial por lo dispuesto respecto a cómo debe actuar quien tiene conocimiento de la posible comisión de un delito. Efectivamente, no deja de sorprender que un Juez realice una pregunta de este tenor, dado que los arts. 259 y ss. de la LECrim regulan la denuncia como una obligación de cualquier ciudadano y específicamente de quienes *por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público* (artículo 262), de modo que se trata de una obligación de denunciar la comisión de un delito y no de una obligación ética, y en consecuencia sin encaje alguno dentro de los Principios de Ética Judicial, excediendo por ello de la competencia que tiene atribuida la Comisión de Ética Judicial.

En este caso es la propia Comisión –como digo– la que afortunadamente declara su incompetencia para pronunciarse sobre la cuestión planteada. El problema pudiera estar en que, al afirmar su incompetencia con base en que la cuestión se plantee en un proceso penal, sigue dejando sembrada la confusión respecto a si su interpretación en otros órdenes jurisdiccionales pudiera ser una cuestión ética por encima –o además de– legal. Obsérvese que dice así el Dictamen: *dado que la cuestión se refiere expresamente al ámbito penal, es la LECr. la que resuelve la cuestión y puesto que la obligación de denunciar la comisión de un delito es un deber legal, no una obligación ética, no tiene encaje dentro de la competencia de la Comisión, concluyendo su incompetencia para pronunciarse sobre la cuestión planteada.* Debiera estar claro que es igualmente la Ley la que determina que si el Juez del orden social tiene ocasión de advertir en el curso de un Proceso el posible engaño ha de posibilitar igualmente la investigación de la posible comisión de un delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social –concretamente en la Consulta 1/2019–, no tratándose por tanto de un enjuiciamiento ético sino estrictamente jurídico.

A modo de conclusión, entiendo que debiera haberse inhibido la Comisión en los dos Dictámenes en que incursionó en estas materias por estarle vedadas, al igual que lo hizo en esta última ocasión, sin sembrar duda alguna en relación con los siguientes dos extremos: 1. Que la pertinencia de la búsqueda de oficio en Internet de información adicional relacionada con lo que es objeto de enjuiciamiento se enmarca en el concreto régimen legal procesal que rige el enjuiciamiento en cada tipo procesal, correspondiendo su interpretación

a los Tribunales competentes y no a la Comisión de Ética Judicial. Y 2. Que el conocimiento privado del Juez no difiere si se adquiere por búsqueda en Internet o a través de cualquier otro medio a su alcance⁴⁶.

⁴⁶ Respecto al conocimiento privado del Juez, por cierto, resulta difícilmente superable –por sugerente y enriquecedora– la obra de STEIN, F. disponible en versión traducida por De la Oliva Santos, A., *El conocimiento privado del Juez*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.,A., distintas ediciones.

REGISTROS DELICTIVOS EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL: RESABIOS DE UN DERECHO PENAL DE AUTOR

Violeta González Valdez

(Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Paraguay)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL INFORME DE ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL. III. LA SUPRESIÓN DE ANTECEDENTES COMO NOVEDAD LEGISLATIVA. IV. PERSPECTIVA DESDE LA CRIMINOLOGÍA. V. PERSPECTIVA DESDE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL. VI. PERSPECTIVA DESDE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL. VII. EFECTOS DE LOS ANTECEDENTES DEL ADOLESCENTE INFRACTOR. VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Los fundamentos del Derecho Penal dependen básicamente de la descalificación efectuada por el mismo. Según se refiera a hechos o a los autores de ciertos hechos y, de acuerdo a la definición optada, se estructura el Derecho Penal sobre el principio del hecho o sobre el principio del autor. En ambos casos, tanto el concepto de delito como el de pena sufrirán modificaciones. El presupuesto filosófico de la primera posición es la libertad de la voluntad de decidir por o contra el derecho, la decisión contra el derecho es la base del juicio sobre la culpabilidad; el segundo criterio parte de una premisa determinista: el hecho se explica por la personalidad del autor y como síntoma de ella¹. La culpabilidad por el hecho brinda mayores garantías, en tanto puede ser condicionada a mayor control judicial. Es indiscutible hoy la inviabilidad de la vigencia de un Derecho puro de autor, por ser inconcebible en un Estado de Derecho la elaboración de tipos penales a partir de la peligrosidad del autor, ni siquiera invocando una supuesta prevención especial².

No obstante, es una realidad innegable que la consideración de los antecedentes penales tiene aún relevancia en el proceso penal, como en el caso de la

¹ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá, 1998, pág. 7.

² JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada, Comares, 1993, pág. 47.

concesión de la suspensión condicional del procedimiento –art. 21 del Código Procesal Penal–, regida por las reglas de la suspensión a prueba de la ejecución de la condena –art. 44 inc. 2 del Código Penal–; aplicables también a adolescentes, si bien no este último instituto puesto que el mismo está específicamente contemplado en el Código de la Niñez y la Adolescencia, sí los requisitos contenidos en él, aplicados por remisión legal a la suspensión del procedimiento. Asimismo, en la concesión de medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva.

Existen además situaciones que se dan en la práctica, en las que se sigue otorgando valor a las planillas de antecedentes penales, aunque la legislación no las mencione; éstas son las referentes a la determinación de la pena –art. 65 inc. 2 num. 6 del Código Penal– y la libertad condicional –art. 51 inc. 1 num. 3 del Código Penal–.

Ahora bien, ¿la consideración de los antecedentes penales se halla en coherencia con las garantías sustantivas y formales de un debido proceso?

Para responder a este interrogante, inicialmente se revisa el enfoque criminológico del tema haciendo un recorrido por aquellas teorías que sostienen que la estigmatización, provocada por el contacto con el sistema penal, consolida la identidad criminal en el individuo y reproduce la criminalidad.

Finalmente se analizan los principios limitadores del poder punitivo del Estado, reconocidos en el ordenamiento jurídico paraguayo, a fin de determinar su coherencia con el planteamiento realizado en los institutos mencionados.

II. EL INFORME DE ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL

La garantía constitucional del hábeas data³ reconoce que toda persona puede tener acceso a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales.

³ CN. Art. 135. Del hábeas data. Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

La Ley N°5162/14 «Código de Ejecución Penal» ha incorporado una sección intitulada «Informe de antecedentes judiciales penales»⁴, la cual concreta también este derecho de acceso a la información de una persona sobre sí misma, en este caso, a través del acceso a su situación procesal ante el sistema penal. En efecto, refiere que el informe contendrá datos sobre los procedimientos pendientes, si los hubiere, y el estado de los mismos, así como sobre las medidas cautelares y condenas vigentes y anteriores⁵.

Estos datos adquieren singular trascendencia cuando son proveídos en el marco de procesos penales, situación que será analizada exhaustivamente ulteriormente.

La disposición legal citada prevé un informe de antecedentes judiciales penales, a ser expedido por el Poder Judicial únicamente a solicitud de la persona afectada. ¿Por qué no se han previsto también las condiciones de expedición del informe de antecedentes judiciales penales, a solicitud de los operadores intervinientes en los procesos penales? Hubiera sido una buena ocasión para regular legalmente las prescripciones al respecto, contenidas en la Acordada N°113 del 10 de marzo de 1999:

«Art. 5. Informe de antecedentes penales. Clasificación. Formas. A partir de la vigencia de esta Acordada, se expedirán dos tipos de informes: un informe oficial emitido a solicitud de los jueces por vía de oficio; o bien, un informe privado emitido a solicitud del público en general. El primero contará con todos los datos completos en cuanto homónimos, y podrá ser solicitado por el juez únicamente dentro de una causa principal. El segundo podrá ser solicitado por cualquier persona interesada, y se expedirá a través de una constancia que tendrá una leyenda que expresará: «Fulano de tal..., no tiene antecedentes registrados con esa identidad, pudiendo no obstante existir coincidencias parciales de homonimia», sin registrar a continuación los casos homónimos. El informe privado no tendrá valor dentro de procesos judiciales».

⁴ Es importante mencionar que esta sección no se hallaba prevista en el Anteproyecto de Código de Ejecución Penal, razón quizás de las inconsistencias que presenta.

⁵ CEP. Art. 12. El Poder Judicial expedirá a solicitud de la persona afectada, un informe sobre sus antecedentes judiciales penales, este documento contendrá datos sobre los procedimientos pendientes, si los hubiere, y el estado de los mismos; así como sobre las medidas cautelares y condenas vigentes y anteriores.

Concordancias: CN Artículo 135. CEP. Art. 13.

Es conocida la manera desactualizada y deficiente como se procesan los registros de antecedentes penales. Los informes expedidos sobre una persona contienen además los de sus homónimos, en razón de la insuficiencia de los datos que consiguen. Situación que se ha intentado reparar con esta Acordada, en los casos en que se solicitan los antecedentes mediante el pago del servicio, no así en los casos de personas imputadas cuyos antecedentes son solicitados por oficios judiciales.

Paradójica e inexplicablemente, este trato desigual –trasladando al imputado la deficiencia del sistema– ha sido impartido en virtud a la citada Acordada, por medio de la cual se ha pretendido «custodiar los derechos y garantías constitucionales», conforme se señala en el considerando de la misma.

Esta realidad, incluso, ha sido asumida en el considerando de la Acordada N°258 del 2 de julio de 2002 que señala:

«... actualmente en la oficina de antecedentes penales quedan registradas todo tipo de resoluciones, lo que se evidencia en los informes que dicha oficina expide, como si se tratara de antecedentes penales del afectado, en flagrante contravención a lo que dispone el mencionado art. 203 de la Ley N°1680/01...».

El estado caótico del registro de datos judiciales criminalísticos, ha generado a su vez una serie de irregularidades, como por ejemplo, la inexistencia de una fuente de datos fidedigna con relación a la libertad de las personas, quedando a cargo de la Policía Nacional, a través de su sede del Departamento Judicial, ubicada en el ex Correccional de Menores Panchito López, la decisión final sobre el otorgamiento efectivo de las libertades, no existiendo comunicación oficial a la autoridad competente en caso de denegación.

Revisando los antecedentes históricos de esta atribución concedida a la Policía, se pudo verificar que la misma se ha iniciado en la época dictatorial, probablemente como medida de fortalecimiento de los fines totalitarios otorgados a las agencias de control, a partir de la Acordada N°27 del 30 de noviembre de 1984 que en su considerando señala:

«Es necesario trabajar en forma estrecha y coordinada con el Ministerio del Interior, Policía de la Capital, Institutos Penales, Delegación de Gobierno y Autoridades Judiciales de las distintas Circunscripciones de la República, y en especial con la

Jurisdicción Criminal, en donde son procesados delincuentes por diferentes causas, a fin de establecer un estricto control en lo que respecta a antecedentes penales sobre la comisión de cualquier delito y su anotación en los prontuarios respectivos. Que, actualmente la Policía de la Capital no cuenta con los antecedentes judiciales de las distintas Circunscripciones de la República, y su anotación en sus respectivos prontuarios es incompleto, lo que obstaculiza evacuar los pedidos de planillas de antecedentes, formulados por los Jueces respectivos. Que la falta de identificación en la Sección detenidos e informes de los procesos formados, hace que escape al debido control la formación de prontuarios penales en las mencionadas Circunscripciones. Que, es de vital importancia para la seguridad y seriedad en la expedición de los documentos de identidad, y, con más razón para certificado de antecedentes, que como es obvio certifican la buena conducta de una persona».

Y finalmente acuerda:

«Art. 1. Autorizar a la Policía de la Capital para que a través de su Departamento de Identificaciones realicen los trabajos de prontuariamiento en los distintos establecimientos Penales de la República; a cuyo efecto ésta deberá coordinar con la Dirección de Institutos Penales de la marcha de este trabajo y con el Ministerio del Interior respecto de las Delegaciones de Gobierno (Penales Regionales). Art. 2. La Cámara de Apelación y los Juzgados de Primera Instancia en lo Criminal, de la Circunscripción Judicial de la Capital y de las del Interior de la República, deberán remitir a la Policía de la Capital, una copia de todas las Sentencias Definitivas, estén o no ejecutoriadas. Art. 3. Procederá conforme a lo establecido en el artículo anterior la Corte Suprema de Justicia en los casos correspondientes».

Sin embargo, en la precedente Acordada sólo se faculta a la Policía a registrar el prontuario policial en los institutos penales (acuñando el inexistente vocablo «prontuariamiento») no así otorgar finalmente la libertad de las personas, como se viene haciendo hace más de tres décadas.

Posteriormente se ha abordado la misma problemática con la Acordada N° 88 del 25 de noviembre de 1992, por la cual se autoriza al Colegio de Abogados la organización y el funcionamiento de las distintas oficinas policiales que tendrán a su cargo la tramitación de libertades emanadas de autoridad judicial competente. Conforme a los datos recabados en el presente trabajo, no ha tenido implementación.

La referida deficiencia del sistema de información, en algunos momentos, ha llegado a estados calamitosos. Por ejemplo, en la época en que se había efectuado una separación de los Juzgados –Garantía e Intermedia–, el problema referido se encontraba agravado, ya que esta situación era desconocida por el Departamento Judicial de la Policía Nacional. Es decir, la recepción de una orden de libertad significaba superar previamente el «filtro» de los registros policiales. Este registro contenía en carácter de nuevas causas con restricciones de libertad toda orden judicial, inclusive «comparencias». Conforme al procedimiento utilizado la orden de libertad debía provenir del mismo juez que dictó la privación de libertad; por ejemplo, al recibir una resolución de libertad condicional del Juez de Ejecución, se exigían las respectivas libertades del Juez de Garantías donde originariamente radicaba la causa y de donde provino la prisión preventiva, inclusive del Juez de Etapa Intermedia quien convocó a la audiencia preliminar y, en su caso, del Tribunal de Sentencia que dictó la condena, en desconocimiento de la organización del sistema penal.

Aunque pareciera pueril la confusión, usualmente puede tener la consecuencia de privar de libertad por períodos considerables de tiempo extra al imputado o condenado, pues la retención del mismo no se traduce en una comunicación oficial al Poder Judicial de donde emanó la orden, sino sólo en la anotación del término «rebotó» en la respectiva ficha del interno, y su regreso *sine die* a seguir integrando la población carcelaria sin comunicación alguna a su defensor ni a sus familiares⁶. Además del peligro para su vida e integridad física, que conlleva el hecho de ser ya conocida su inminente libertad, según los subcódigos establecidos por los sectores dominantes del instituto penal.

Ante estas circunstancias, la última decisión sobre la libertad de una persona la tiene la Policía y no el Juzgado; como bien lo había denunciado el entonces Capellán de la Penitenciaría Nacional de Tacumbú, Padre JUAN ANTONIO DE LA VEGA, Sacerdote Jesuíta, en una publicación periodística⁷.

⁶ Un ejemplo de esta situación es el siguiente: El condenado J.H. en una causa sobre robo agravado, había sido beneficiado con libertad condicional por A.I.Nº1606, del 8 de noviembre de 2004, dictado por el Juzgado de Ejecución Nº 2 de la capital, remitiéndose el oficio de libertad en fecha 9 de noviembre a la Penitenciaría Nacional de Tacumbú, fue retenido en razón de que la orden de libertad no provino del Juzgado de Etapa Intermedia, autoridad que lo había condenado, luego de un oficio de aclaración del Juzgado obtuvo su libertad efectivamente en fecha 30 de noviembre de 2004. El tiempo extra de reclusión fue de 21 días.

⁷ DE LA VEGA, Juan Antonio, S.J. «*La libertad a las personas no la dan los jueces sino la policía*», en Diario Última Hora, Asunción, 5 de abril de 1997.

La utilización indiscriminada que hace la Policía de los registros delictivos, también confirma aquéllo que MATZA, tan acertadamente llamó «la institución de la sospecha»⁸. Son utilizados para conferir a ciertos individuos el status de sospechosos regulares, a fin de justificar la efectividad de la lucha contra la criminalidad ante las presiones ejercidas por la opinión pública.

En Paraguay, no sólo son utilizados los antecedentes policiales para sindicar a los que tienen «cara de prontuario» de la comisión de un nuevo hecho punible «resolviendo el caso» sino además, como se ha visto, para provocar demoras injustas en la concesión efectiva de la libertad. En causas de adolescentes se han dado casos inauditos, por ejemplo, la retención de adolescentes en el Correccional de Menores de Panchito López, aun habiéndose remitido el auto de libertad en la causa respectiva, porque conforme registraban los archivos policiales, contaban con una «fuga de hogar» que radicaba en un Juzgado Correccional de Menores, de la época de su infancia⁹.

Dan cuenta de este tipo de prácticas ilegales y arbitrarias, los informes sobre los Derechos Humanos en Paraguay: «Las violaciones de derechos humanos son una constante por parte de los agentes de seguridad (Policía, miembros de la Fuerza de Tarea Conjunta, agentes penitenciarios) y estos hechos quedan impunes»¹⁰. «La privación ilegítima de la libertad es una práctica utilizada en forma sistemática por la Policía Nacional... Son víctimas de estos tipos de atropellos

⁸ MATZA, David. *El proceso de desviación*. Madrid, Taurus, 1981, págs. 224 y 225.

⁹ «La privación de libertad de menores, so pretexto de protegerlos/as de situaciones de riesgo, reviste caracteres de arbitrariedad por su imprevisibilidad, ausencia de plazos de control en su duración y aplicación discriminatoria. Conforme a los datos del Departamento de Estadística de la Policía Nacional sobre la base del registro de capturas, en el año 2000 se produjeron 27 aprehensiones, cuyas causas se consignan como «fuga de menor», 12 de varones y 15 mujeres; asimismo se registran 4 aprehensiones por «menor en estado de peligro», de los cuales 2 son varones y 2 mujeres. Las mujeres fueron detenidas con mayor frecuencia que los hombres por causas no penales (fuga de hogar, fuga de menor, pedido de búsqueda y localización). Del libro de entrada y salida de la Comisaría de Mujeres de Asunción, sobre 359 detenidas (87 menores y 271 mayores), se aprehendieron a 2 para averiguaciones, a 7 por extravío, 4 por fuga de hogar y 19 «depositadas», eufemismo policial para definir a las detenidas sin causa» CODEHUPY. *Informe sobre Derechos Humanos en Paraguay*. Asunción, Coordinadora de Derechos Humanos, 2001, págs. 75 y siguientes.

¹⁰ CODEHUPY. *Informe sobre Derechos Humanos en Paraguay*. Asunción, Coordinadora de Derechos Humanos, 2018, págs. 319 y siguientes.

los sospechosos de haber cometido algún delito o las personas con antecedentes judiciales o policiales. Una vez en la Comisaría son sometidos a diversos tipos de tortura tanto físicas como psíquicas a fin de que las mismas confiesen los supuestos delitos cometidos. Las detenciones ilegales se dan sin discriminación de edad: niños, adultos y ancianos son indistintamente privados ilegalmente de su libertad. Existe en cambio discriminación en cuanto a la clase social: difícilmente los miembros ligados al poder político o económico son detenidos en forma ilegal»¹¹. «La Policía incurre en estas prácticas ilegales a partir de su incapacidad de investigar. En la generalidad, los agentes de Policía proceden a detener al sospechoso, lo trasladan hasta la Comisaría, donde lo someten a todo tipo de maltrato y tortura hasta que confiese que cometió el delito investigado. Por esta razón, es frecuente encontrar en los partes policiales lo siguiente: «Una vez detenido, se confesó autor del hecho». Si la persona detenida tiene algún antecedente policial o judicial, es de por sí considerado sospechoso y lógicamente, sometido al tratamiento señalado»¹². «Es necesario implementar políticas públicas integrales para fortalecer la formación con perspectiva de derechos humanos y de género de los agentes de Policía»¹³. También el Informe del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura refiere al respecto: «El nulo control judicial deja al adolescente a merced de los abusos de la Policía ... actuaciones policiales arbitrarias que podrían anular el proceso, sin que el Juzgado haya tomado medida alguna al respecto, incluso en algunos casos, en la propia resolución judicial se registran actuaciones ilegales que –al menos– privarían de validez a los elementos de convicción aportados, sin embargo, la acrítica intervención del Juzgado convalida estas actuaciones, ordenando sobre su base la prisión»¹⁴.

¹¹ CODEHUPY. *Informe sobre Derechos Humanos en Paraguay*. Asunción, Coordinadora de Derechos Humanos, 1996, págs. 85 y siguientes.

¹² CODEHUPY. *Informe sobre Derechos Humanos en Paraguay*. Asunción, Coordinadora de Derechos Humanos, 1998, págs. 39 y siguientes.

¹³ CODEHUPY. *Informe sobre Derechos Humanos en Paraguay*. Asunción, Coordinadora de Derechos Humanos, 2019, págs. 343 y siguientes.

¹⁴ En: <http://www.mnp.gov.py/index.php/repository/informes-de-monitoreo-y-seguimiento/centros-educativos>

En definitiva, no existe situación ni justificación legal alguna para la utilización de los antecedentes policiales de adolescentes infractores¹⁵.

III. LA SUPRESIÓN DE ANTECEDENTES COMO NOVEDAD LEGISLATIVA

Constituye una loable novedad la inclusión en el Código de Ejecución Penal¹⁶ de la obligación legal de supresión de los antecedentes judiciales ante determinados requisitos¹⁷.

De esta manera, la pretensión legal es dejar atrás –definitivamente– el lastre perenne del antecedente penal con el cual cargaba, de por vida, toda persona que alguna vez había ingresado al circuito penal. El sólo contacto con el sistema de justicia penal conlleva una carga estigmática; el estigma de la prisión consolida la marginación social a través de un efecto excluyente que hace perder

¹⁵ En ese sentido se ha presentado al Congreso Nacional un Anteproyecto de Ley que contiene la prohibición expresa a los organismos administrativos con funciones policiales, de conservar antecedentes sobre las infracciones atribuidas a adolescentes, disposición normativa que se hallaba en el Anteproyecto del Código de la Niñez y la Adolescencia pero que ha sido cercenada al sancionarlo. Con fuente en el art. 30 de la Ley del Menor Infractor de la República de El Salvador, Decreto Nº863 de junio de 1994. GONZÁLEZ VALDEZ, Violeta. *La Justicia Penal Juvenil en el Paraguay. Revisión crítica de su evolución y situación actual*. Asunción, Servilibro, 2006, pág. 418.

¹⁶ CEP. Art. 13. Se suprimirán del certificado de antecedentes judiciales, salvo caso de solicitud de informes de organismos oficiales: 1. Las condenas de multas, luego de dos años, a ser contados desde el día en que canceló la misma; 2. Las penas privativas de libertad de hasta tres años, luego de tres años, a ser contados desde el compurgamiento de la condena o la extinción de la pena; y, 3. Las penas superiores a tres años, luego de ocho años, a ser contados desde el compurgamiento de la condena o la extinción de la pena.

Concordancias: CN Arts. 9 y 17 Incs. 1 y 4. CP Arts. 1, 2 y 39. CPP Art. 4.

¹⁷ En otro estudio se había propuesto, la incorporación a nuestra normativa de la posibilidad de cancelación de los antecedentes penales, de oficio o a petición de parte, previo cumplimiento de la responsabilidad civil, salvo insolvencia, y en los casos de cumplimiento de la pena y prescripción, instituto contemplado en el Código Penal español, Ley Orgánica Nº10 de fecha 23 de noviembre de 1995, arts. 136 y 137. GONZÁLEZ VALDEZ, Violeta. *Defensa Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema penal*. Asunción, Servilibro, 2003, págs. 3 y siguientes.

la solidaridad hasta del propio entorno. Los ex reclusos –y sus familiares– se convierten en «los sin clase», «los miserables» como los llamara Víctor Hugo¹⁸.

Conforme a la disposición normativa de carácter imperativo, esta supresión debe realizarse de oficio sin necesidad de requerimiento del condenado.

No obstante, la supresión legal establece una excepción al prescribir «salvo caso de solicitud de informes de organismos oficiales». La pregunta obligada es: ¿Qué se entiende por organismos oficiales?

Si organismos oficiales son aquéllos que forman parte de la estructura y de la organización del Estado¹⁹ –entre los cuales se encuentra el Poder Judicial–, surge también el interrogante: ¿Se pueden solicitar informes, en el marco de procesos penales, una vez suprimidos los antecedentes judiciales? Se ha concluido que la respuesta es negativa, conforme a los fundamentos que se exponen a continuación.

IV. PERSPECTIVA DESDE LA CRIMINOLOGÍA

Desde esta perspectiva, se analizan las teorías criminológicas que sostienen que el sólo contacto con el sistema penal tiene un efecto estigmatizante para el individuo, que determina su identidad criminal.

1. Interaccionismo simbólico: Howard Becker

HOWARD BECKER, criminólogo norteamericano, en su obra *Outsiders*, se ha ocupado particularmente de analizar los efectos que tiene la estigmatización sobre la formación del status social criminal. Partiendo de un estudio empírico, ha concluido que la consecuencia más importante de la aplicación de sanciones es

¹⁸ En Paraguay es utilizado un término peyorativo en guaraní «*preso kue*» que significa «ex preso».

¹⁹ CN. Parte III. Del ordenamiento político de la República. Título II. De la estructura y de la organización del Estado. Capítulo I. Del Poder Legislativo... Capítulo II. Del Poder Ejecutivo... Capítulo III. Del Poder Judicial... Capítulo IV. De otros organismos del Estado...

CN. Art. 259. De los deberes y de las atribuciones. Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1) ejercer la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial y decidir, en instancia única, los conflictos de jurisdicción y de competencia, conforme con la ley...

el cambio de la identidad social del individuo, a través de una evolución típica producida desde el momento en que éste toma contacto con el sistema penal²⁰. Y a partir de esta premisa, efectúa un interesante análisis de los mecanismos sociales de estigmatización que provocan la consolidación del status social y determinan verdaderas carreras delictivas. Uno de ellos, es el trato conferido a una persona como si fuera desviada de forma general y no específica, el cual tiene como efecto producir una profecía auto-confirmatoria, que pone en movimiento una serie de mecanismos que provocan la transformación de la persona a la imagen que la sociedad tiene de ella, teoría ésta denominada del etiquetado o del *labelling approach*.

Los resultados de esta investigación han sido decisivos para la puesta en duda de la concepción resocializadora de la pena. En efecto, han demostrado que la intervención del sistema penal, y especialmente de las penas privativas de libertad, en lugar de resocializar al condenado, en la mayoría de los casos, determina una consolidación de su identidad criminal y su ingreso a una carrera delictiva. Lo que ha significado una denuncia de los efectos criminógenos del sistema penitenciario y del problema no resuelto de la reincidencia, demostrando la gran distancia existente entre la idea de resocialización como fin de la pena y la función real de la misma.

2. Criminología crítica: Raúl Zaffaroni

En su radical ensayo sobre la deslegitimación del sistema penal y la crisis del discurso jurídico-penal *En busca de las penas perdidas*, ZAFFARONI describe la manera en que actúan los sistemas penales latinoamericanos, determinando su clientela mediante un proceso de selección y condicionamiento criminalizante²¹. Se concibe la imagen tradicional de la criminalidad como propia del comportamiento y del status de las clases más pobres, creando un estereotipo en el cual los rasgos de la marginación social y los de la criminalidad aparecen confundidos, y acentuados, a su vez, los rasgos de segregación y exclusión social, produciéndose así la «criminalización de la miseria».

²⁰ BECKER, Howard. *Outsiders. Hacia una Sociología de la desviación*. Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo, 1971.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires, Ediar, 1998, págs. 137 y siguientes.

Y este proceso de criminalización, efectuado a través de la estigmatización, está perfectamente legalizado con los registros de reincidencia. Éstos impiden o dificultan el ejercicio laboral honesto debido a la publicidad perenne del status de criminal, o a través de la privación periódica de libertad de la persona, convirtiéndola en una «sospechosa profesional». Además, se agrava su situación procesal si se consideran los antecedentes como prueba de cargo, o como agravante de la penalidad. Los medios masivos contribuyen en gran medida a crear estos estereotipos, a través de la difusión de fotografías o notas antes que la ley autorice a informar sobre la sospecha que existe contra una persona, o adelantando sentencias condenatorias al presentar a los acusados con calificaciones degradantes²².

²² Es sabido que está permitido informar sobre la sospecha que existe contra un acusado, individualizándolo, recién a partir del auto de apertura a juicio –art. 4 del C.P.P.–, por el cual se admite la acusación del Ministerio Público, en razón de que ésta se formula solamente cuando se «estima que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público» –art. 347 del C.P.P.– por los elementos de convicción que la motivan. Es decir, antes de ese momento sólo existían elementos de sospecha de la existencia del hecho y de la participación del imputado, que habían fundado la imputación pero que no ameritan aún su divulgación, teniendo en cuenta el menoscabo que puede producir al reconocimiento social del que goza el imputado. Esta prescripción legal sobre reserva del proceso, establecida para salvaguardar el derecho a la protección de la intimidad así como el principio de inocencia, se extiende a toda autoridad –ya sea la policía, el fiscal, el juez o funcionarios judiciales o fiscales– e implica comunicar el nombre del imputado, permitir fotografiarlo o filmarlo e, inclusive, proporcionar datos que lo individualicen. Sólo puede informarse sobre el hecho punible, no así revelar el nombre de la persona sindicada ni su imagen, y el hecho de mencionar los términos «supuesto», «presunto» o «presumiblemente» de ninguna manera deja de violar este principio. En materia de adultos, resulta cotidiana la vulneración del principio de inocencia por medio de publicaciones periodísticas que informan sobre la identidad de la persona sindicada como autora de un hecho punible, mucho antes que la ley autorice a hacerlo, en flagrante violación a los arts. 4, 61 y 282 del Código Procesal Penal, en concordancia con el art. 17 inc. 1 de la Constitución Nacional, el art. 8 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 14 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, en el tema de menores de edad la violación resulta más grosera. Si bien no se informa la identidad del adolescente o su imagen, a veces burdamente distorsionada sin impedir identificarla, es común que se someta al supuesto autor a inquisitivas entrevistas periodísticas, que se convierten en verdaderas declaraciones indagatorias sin ningún tipo de garantías y se erigen posteriormente en elementos de prueba, de los cuales difícilmente pueden sustraerse los juzgadores, más aún, cuando estas «confesiones» son recordadas adrede por la prensa días antes del juicio oral.

V. PERSPECTIVA DESDE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

FERRAJOLI califica a las garantías penales de substanciales, en tanto afectan a la substancia o a los contenidos de las prohibiciones de las normas reguladoras de la producción válida de la ley penal²³. Estas garantías, al constituirse en límites del *ius puniendi* del Estado, legitiman el derecho a castigar.

A partir del análisis de los principios penales de reprochabilidad, legalidad y prevención establecidos en el Código Penal, cabe determinar si la consideración de los antecedentes penales en la medición de la pena permite su vigencia.

1. Los principios de reprochabilidad, legalidad y prevención en la determinación de la sanción penal

La vigencia del principio de reprochabilidad en la determinación de la sanción es fundamental en un Estado de Derecho, y debe regir tanto para el Derecho Penal de adultos como para el Derecho Penal Juvenil.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el principio de culpabilidad –*nulla poena sine culpa*–, en estos términos:

CADH. Art. 8.2. Toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el mismo sentido preceptúa:

CDN. Art. 40.2.i ... se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley...

Por tanto, el principio básico para la intervención jurídico-penal es considerar sólo la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida, es decir, no deberá considerarse otra circunstancia más que el hecho punible, y no importa mayor culpabilidad el comportamiento anterior al mismo o, inclusive, posterior, como tampoco la conducta socialmente incorrecta antes del hecho o el haber sido condenado con anterioridad.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 2000, pág. 463.

El Código Penal, que abandona la dogmática del siglo XIX y adopta la dogmática moderna tanto en lo referente a la teoría de la imputación como a los fines de la pena, consagra también el principio de reprochabilidad:

CP. Art. 2. Principios de reprochabilidad y de proporcionalidad: 1. No habrá pena sin reprochabilidad. 2. La gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal...

Los registros delictivos han sido exhaustivamente analizados por la teoría de la determinación de la pena, y se han esbozado intentos de su justificación dentro de una pena limitada por la reprochabilidad.

ZAFFARONI explica que JAKOBS pretende conciliar las concepciones normativas y psicológicas de la culpabilidad, para lo cual elaboró una categoría especial de culpabilidad, considerando que si el autor delinque en forma habitual, lo culpable sería el camino hacia la costumbre. Y lo refuta sosteniendo que la misma existencia del hábito hace que, desde el punto de vista psicológico, el autor habitual tenga menor culpabilidad que el primario, que debe vencer más inhibiciones, y, sin embargo, la pena se agravaría en el primer caso, lo cual se traduce en una violación al principio de culpabilidad en tanto se reprocha con mayor severidad a quien tuvo menos frenos inhibitorios²⁴.

Una posible solución es rechazar la agravación de la pena por reincidencia, pero admitir la atenuación en los casos de primera condena, en la medida en que el hecho pudo haber sido producto de un momento de debilidad. Esta salida fue propuesta por VON HIRSCH-JAREBORG e invocada por ZIFFER, a los efectos de interpretar dentro del marco de un Derecho Penal de hecho, el cuestionado art. 41 del Código Penal argentino que prevé entre las circunstancias de la medición de la pena específicamente «las reincidencias». Pero esta atenuación se descartaría con las condenas posteriores. Es decir, sólo la segunda condena tendrá una diferencia de pena respecto a la primera (atenuada por considerar el hecho un *lapsus*), mientras que la tercera y las siguientes no podrán ser más graves que la segunda; de esta manera se reflejaría sólo una vez la agravación por rein-

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 1983, tomo V, págs. 307 y siguientes.

cidencia²⁵. ZIFFER admite que esta solución tiene un alto grado de ficción, sin embargo, si se toman en cuenta los elementos irracionales de la agravación por reincidencia, ésta parece de todos modos, una explicación que alcanza un grado de compromiso en cierta medida aceptable y se vuelve así más compatible con el principio de culpabilidad, porque lo determinante no es el hecho pasado sino el actual.

El principio de legalidad consagrado en el Código Penal, de aplicación supletoria a los adolescentes en virtud al art. 193 del Código de la Niñez y la Adolescencia, se erige como el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva:

CP. Art. 1. Principio de legalidad. Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

Proclamado a su vez en la Constitución entre las declaraciones fundamentales:

CN. Art. 9. De la libertad y de la seguridad... Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe.

Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Ley N°1/89:

CADH. Art. 9. Principio de legalidad... Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable...

En concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N°5/92:

PDCP. Art. 14.7. Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

²⁵ ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pág. 158.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los Estados Partes garantizarán:

CDN. Art. 40.2.a. Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes por actos u omisiones que no estén prohibidos por leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

El principio de legalidad no se agota con la definición legal de los delitos y de las penas, sino rige también en el momento de la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable²⁶.

En ese sentido, el art. 65 del Código Penal señala que el Tribunal debe sopesar «todas» las circunstancias generales a favor y en contra del autor, y «particularmente» las que se describen a continuación de manera indicativa:

CP. Art. 65. Bases de la medición... 2º... 1. los móviles y los fines del autor; 2. la actitud frente al derecho; 3. la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho; 4. el grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o, en caso de omisión, de actuar; 5. la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho; 6. la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas; 7. la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima.

No obstante, en la determinación de la pena, cualquier consideración de circunstancias ajenas al hecho debe encontrarse sujeta a fuertes restricciones respecto de su interpretación, por tratarse de una desviación excepcional del principio de culpabilidad²⁷.

Ahora bien, los antecedentes penales no están mencionados entre las circunstancias descritas en el art. 65 del Código Penal²⁸, por lo que incorporarlos

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, págs. 208 y 209.

²⁷ ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, págs. 159 y 160.

²⁸ A diferencia del Código de Teodosio González, en el cual la reincidencia no sólo era considerada como circunstancia agravante de la responsabilidad penal –art. 31 inc. 11 y art. 30 inc. 5–, sino

como subyacentes a las circunstancias de «vida anterior», o de «actitud frente al derecho» –numerales 6 y 2, respectivamente, del inc. 2 del art. 65 del Código Penal–, atentaría contra los principios de legalidad y culpabilidad.

Sin embargo, no es ésta la postura más común en nuestra praxis tribunalicia. Así, en algunos casos se menciona como circunstancia agravante para medir la pena, el hecho que el acusado sea reincidente en la comisión de hechos punibles. En otros casos, ante la ausencia de sentencia condenatoria en los antecedentes penales, se llega incluso a realizar una presunción de culpabilidad al considerar esta circunstancia en contra del imputado, fundamentando la agravación en la insensibilidad del autor, manifestada con su reincidencia:

«Con relación a su actitud frente al derecho, debe notarse que, como el condenado cuenta con antecedentes penales por delitos de lesión, y no constando sentencia absolutoria ni sobreseimiento alguno en la causa mencionada, se demuestra con ello que el mismo es insensible a dicha situación, y reincidente en su violación a la normativa legal» (A.S. N°44, del 6 de setiembre de 2001, dictado por Tribunal de Apelación en lo Criminal de la capital, Segunda Sala).

Resulta incuestionable que valorar, en contra del imputado, procesos anteriores en los cuales no han recaído sentencias condenatorias es efectuar una presunción de culpabilidad, vulnerando el principio de inocencia.

En cuanto al argumento, que la insensibilidad del autor ante la situación de reincidencia merece una mayor pena, deja traslucir la llamada «teoría de la advertencia», por cierto, duramente criticada por la doctrina. Según esta teoría, expuesta inicialmente por HANS JÜRGEN BRUNS, la existencia de condenas previas tiene como correlato una mayor culpabilidad, en la medida en que el autor ya había sido advertido por una condena anterior, a pesar de lo cual cometió un nuevo delito. La mayor culpabilidad deriva no sólo de las condenas propiamente dichas, sino también de hechos delictivos previos, aun aquéllos en los que no se hubiera llegado a una condena, o incluso que no hubieran sido perseguidos. Esto regiría también para los hechos prescritos o sobreseídos, hasta un proceso que hubiera culminado con una absolución podría llegar a ser valorado, pues

además, constituía el fundamento de una graduación diferente de la pena mucho más gravosa, excluyendo la consideración de las circunstancias atenuantes –art. 104–.

también a partir de él, el autor recibió un aviso suficiente. Sería más culpable, porque ha tenido un cuadro más vívido de cuál sería la consecuencia si no cumpliera lo ordenado por la norma. Esta teoría ha sido calificada, como una burda justificación para una violenta lesión al principio de inocencia; o bien, tomada estrictamente, resultaría aplicable no sólo al autor, sino a todos sus parientes cercanos, o incluso a todos aquellos que participen de uno u otro modo del juicio: fiscales, defensores, jueces, parientes y amigos del procesado, tendrían ganada de antemano una mayor pena, pues también ellos conocen en forma efectiva cuáles son las posibles consecuencias de la comisión de un delito. Y considerando la crisis del tratamiento carcelario, la ficción de la advertencia se vuelve grosera si se toman en cuenta los efectos desocializantes de la ejecución penitenciaria, que además de no reforzar, debilita las resistencias del autor ante las posibilidades de desviación. Por otra parte, aun cuando el autor hubiera recibido una efectiva advertencia previa, esto, por sí sólo, nada dice acerca de la legitimidad de su consideración dentro de un sistema de Derecho Penal de hecho²⁹.

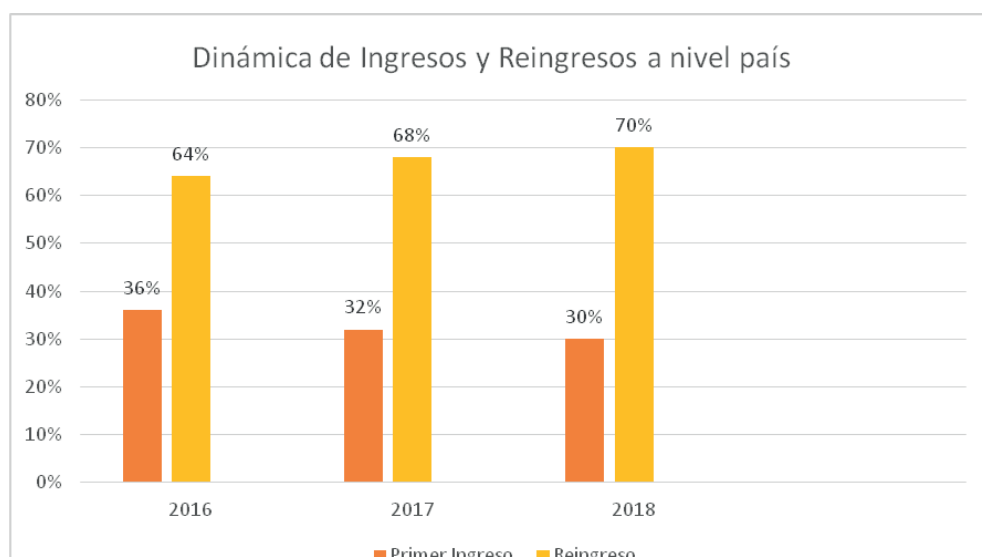
En cuanto al principio de prevención, resulta evidente que el proceso de selectividad del sistema penal se vuelve aún más patente con los registros delictivos, consolidando la marginación y exclusión social. Los efectos estigmatizantes que provocan los antecedentes penales, en nada contribuyen a cumplir este principio a través de la finalidad punitiva de resocializar al condenado y, considerando las consecuencias desocializantes de la ejecución penitenciaria, agravar la pena por reincidencia es eludir las causas de este fracaso trasladando toda la responsabilidad al autor³⁰.

²⁹ ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, págs. 155 y 156.

³⁰ En doctrina, se han expedido a favor de la inconstitucionalidad del instituto de la «reincidencia», utilizado a cualquier efecto: Eugenio Raúl Zaffaroni, en *Manual de Derecho Penal*, pág. 73 y en *Reincidencias: Un concepto de Derecho Penal autoritario*; Edgardo A. Donna, en *Reincidencia y Culpabilidad*, pág. 77; Julio B. J. Maier, en *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple*, págs. 454 y siguientes; Miguel A. Arnedo en *La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia*, págs. 929 y siguientes; Martín Clemente, en *Invalidez constitucional de la reincidencia*, págs. 29 y siguientes; Luis de la Barrera Solorzano, en *Los jinetes de la peligrosidad*, págs. 21 y siguientes; Moisés Moreno Hernández, en *Derechos Humanos y legislación penal sustantiva*, pág. 110; Juan Bustos Ramírez, en *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, pág. 430; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, en *Derecho Penal. Parte General*, pág. 432; Roberto Bergalli, en *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, pág. 83. VITALE, Gustavo. *Suspensión del proceso penal a prueba*. Buenos Aires, Del Puerto, 1996, págs. 338 y 339.

En la materia bajo estudio, esto puede corroborarse con la dinámica de ingresos al sistema penal (por primera vez) y reingresos (por segunda o más veces) que presenta la población privada de libertad en los Centros Educativos a nivel país. Durante los años 2016, 2017 y 2018 alcanza un 64%, 68% y 70% de reingresos, respectivamente, según datos del Servicio Nacional de Atención al Adolescente Infractor (SENAAI) del Ministerio de Justicia (MJ). Es de destacar, que se ha omitido el término comúnmente utilizado «reincidencia» por las connotaciones que, precisamente, éste ha tenido en relación a la agravación de la conducta. El Informe consultado menciona que diversas variables pueden intervenir en estas cifras, por ejemplo, no se contempla el reingreso en casos de cumplimiento de mayoría de edad, en razón de que no se cuenta hasta la fecha con una base integrada de datos para el efecto. Los datos se observan en el siguiente gráfico:

2. Gráfico: Dinámica de ingresos y reingresos a nivel país



Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos del SENAAI - MJ

En materia juvenil, la eliminación de los antecedentes penales en la valoración de la sanción resulta más obvia. El Derecho Penal de la Adolescencia se ha impuesto dejando atrás un modelo de culpabilidad de autor o peligrosidad; no significa mayor culpabilidad el comportamiento del adolescente anterior al

hecho punible o, inclusive, posterior, como tampoco la conducta socialmente incorrecta antes del hecho o el haber sido condenado con anterioridad.

Los principios rectores que rigen el Derecho Penal de la Adolescencia, hacen así inaplicables la utilización de los registros delictivos al determinar la sanción penal juvenil. No obstante, se analiza cómo valora la Corte Suprema de Justicia los antecedentes penales de los adolescentes:

«Corresponde que la medida privativa de libertad a la que fuera condenado el adolescente, sea reducida al límite máximo de la duración de la pena, es decir ocho años. La mensuración de la pena, responde a la existencia de notorias tendencias nocivas del referido condenado, las cuales se evidencian en su conducta anterior a la comisión del crimen. Cabe mencionar sus antecedentes penales y la planilla de antecedentes policiales» (A.S. N°1316, del 8 de agosto de 2003, dictado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal).

En los procesos de adultos los antecedentes penales juegan como una circunstancia más, si bien agravante, entre todas las tenidas en cuenta para fijar la pena. Sin embargo, en el caso precedente los registros delictivos del adolescente han significado el merecimiento de la pena máxima.

Un criterio diferente ha asumido el Tribunal Penal de la Adolescencia. Uniformemente ha considerado como atenuante la falta de antecedentes penales, y como circunstancia neutral –en tanto no la ha mencionado– cuando el adolescente justiciable poseía antecedentes conforme se ha corroborado; siguiendo en este sentido el criterio sugerido por ZIFFER, expuesto anteriormente:

«Tomando en consideración el hecho que el adolescente carece de antecedentes judiciales, y a la fecha se halla beneficiado con medida sustitutiva sin constancia en autos de pedido de revocatoria alguna, por lo que se deduce entonces de que el incoado cumple con las obligaciones impuestas por el a quo» (A.S. N°7, del 29 de mayo 2003, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de la capital).

«Reparo en la falta de antecedentes penales en su beneficio, sin descuidar la gravedad del hecho cometido, con alto grado de reproche, la edad de catorce años y personalidad del adolescente para concluir la reducción de la sanción impuesta» (A.S. N°6, del 30 de mayo 2003, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de la capital).

«Para una correcta medición de la pena, corresponde recurrir a los elementos que obran en autos y que pueden tomarse en consideración... la falta de antecedentes del menor» (A.S. N°1, del 24 de marzo 2003, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de la capital); (A.S. N°2, del 25 de marzo 2003, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de la capital).

VI. PERSPECTIVA DESDE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

El conjunto de las garantías penales quedaría incompleto sin el conjunto correlativo de las garantías procesales. Entre los dos sistemas de garantías existen nexos tanto estructurales como funcionales. Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos substanciales del delito –lesión, acción y culpabilidad– serán efectivas en la medida que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten asegurados el control, la imparcialidad y la veracidad³¹.

En este contexto, se analizarán los institutos de libertad condicional y suspensión a prueba de la ejecución de la condena, con relación a su coherencia con dos de los principios limitadores del poder punitivo del Estado, consagrados en el ordenamiento jurídico paraguayo, el principio *non bis in ídem* y el principio de inocencia, respectivamente.

1. El principio *non bis in ídem* y la libertad condicional

El instituto de la libertad condicional ha sido objeto de modificación por la Ley N°3440/2008 «Que modifica varias disposiciones de la Ley N°1160/97, Código Penal». Básicamente las modificaciones han girado en torno, precisamente, al debate doctrinario y jurisprudencial sobre la procedencia del instituto de libertad condicional ante la existencia de antecedentes penales del condenado, y su colisión con el principio *non bis in ídem*:

C.P. Art. 51. Libertad condicional. 1°. El tribunal suspenderá a prueba la ejecución del resto de una pena privativa de libertad, cuando se den conjuntamente las siguientes condiciones: 1. hayan sido purgadas las dos terceras partes de la condena; 2. se pueda esperar que el condenado, aun sin compurgamiento del resto de la pena, no vuelva a

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 2000, p. 537.

realizar hechos punibles; y 3. el condenado lo solicite o consienta. La decisión se basará en la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del hecho punible, su comportamiento durante la ejecución de la sentencia, sus condiciones de vida y los efectos que la suspensión tendría en él. 2°. En lo demás, regirá lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 44 y en los artículos 45 al 50. 3°. La suspensión no se concederá, generalmente, cuando el condenado hiciera declaraciones falsas o evasivas sobre el paradero de objetos sujetos al comiso o a la privación de beneficios con arreglo a los artículos 86 y siguientes. 4°. El tribunal podrá fijar plazos no mayores de seis meses, durante los cuales no se admitirá la reiteración de la solicitud de la suspensión³².

El principio *non bis in ídem* se halla consagrado en el ordenamiento paraguayo:

C.N. Art. 17. De los derechos procesales: En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: ... 4. Que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho...

C.A.D.H. Art. 8.1. Garantías Judiciales: ... 4. ... no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

P.D.C.P. Art. 14.7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

C.P.P. Art. 8. Único proceso. Nadie podrá ser procesado ni condenado sino una sola vez por el mismo hecho.

Sobre el principio de único proceso y la libertad condicional, resulta sumamente interesante la fundamentación expuesta por ZAFFARONI, en un fallo a través del cual emite su voto por declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del

³² Texto actual. Modificado por la Ley N°3440/2008 «Que modifica varias disposiciones de la Ley N°1160/97, Código Penal». Los resaltados en negritas destacan las variaciones existentes en ambos textos, el original y el actual. Texto anterior: Art. 51.- Libertad condicional. 1° El tribunal suspenderá a prueba la ejecución del resto de una pena privativa de libertad, cuando: hayan sido purgadas las dos terceras partes de la condena; se pueda esperar que el condenado, aun sin compurgamiento del resto de la pena, no vuelva a realizar hechos punibles; y 3. el condenado lo consienta. La decisión se basará, en especial, en la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del hecho punible, su comportamiento durante la ejecución de la sentencia, sus condiciones de vida y los efectos que la suspensión tendrían en él.

Código Penal argentino –el cual veda la posibilidad de libertad condicional al reincidente–, en virtud de que violaría el principio penal liberal del *non bis in idem*³³.

Sostiene que denegando la concesión de libertad condicional por reincidencia, la negación de toda posibilidad de libertad se traduce realmente en una pena de mayor entidad, toda vez que la ejecución total de la misma resulta más gravosa por la completa privación de libertad del condenado durante todo el tiempo de la pena. Refiere que un primer criterio había postulado la mayor peligrosidad como fundamento de la agravación. La peligrosidad –asevera– es obviamente un juicio de probabilidad y, como tal, no puede ser presunto y menos aún presumido *juris et de jure*. Por otra parte, las mismas ideas de peligrosidad y determinismo, entendidas en el sentido positivista, son violatorias de la dignidad humana, dado que reducen al individuo a la condición de una cosa regida por la mera causalidad. El otro camino ensayado –sigue comentando– fue la pretensión de que importaba una mayor culpabilidad, es decir, un mayor grado de reproche normativo. Para ello, sin duda, debe apelarse a la culpabilidad de autor, que es incompatible con los principios de un Estado de Derecho.

El Código Penal paraguayo, a diferencia del argentino, no veda la posibilidad del beneficio de libertad condicional a los reincidentes. Y aunque parecieran ociosas las discusiones sobre la posibilidad de considerar los antecedentes penales como parte de la «vida anterior» del condenado, circunstancia mencionada en el art. 51 inc. 1 del Código Penal, no es sin embargo ésta la posición sustentada en el tratamiento que efectúan algunos fallos judiciales en relación con este instituto, al denegarlo por el sólo hecho de que el condenado tenga antecedentes penales, así:

«A fs. ... obra la planilla de antecedentes de la condenada en la que consta que registra otras causas, además de la presente, por los delitos de robo con condena de un año de privación de libertad, persecución de hechos bagatelarios con criterio de oportunidad, hurto con medidas alternativas, datos que ilustran la vida anterior de

³³ Resolución del 27 de diciembre de 1985, dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, Sala VI, en la Causa «Varela, Luis Rodolfo s/ libertad condicional», con voto de los doctores Zaffaroni y Elbert. BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Directores). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 1997, págs. 181 y siguientes.

la condenada y que el tratamiento que se le debe dar a este tipo de conducta no sería el mismo que el otorgado a delincuentes primarios ya que el objeto de la pena, sobre todo la privación de libertad, es lograr que el condenado sea consciente del hecho punible; con el propósito de que encause su vida a una vida en libertad sin volver a delinquir, es más con la experiencia que anota en su comportamiento, la condenada no se encuentra todavía como para evitar una cuarta reincidencia» (A.I. N°424, del 8 de setiembre de 2004, dictado por el Juzgado de Ejecución N°1 de la capital).

De los fundamentos de este fallo, se puede concluir que fueron consideradas las causas anteriores, con o sin condena firme, como determinantes para denegar la libertad condicional; incluso resuelta una de ellas con criterio de oportunidad, el cual extingue la acción y es causal de sobreseimiento definitivo.

Se han utilizado también los antecedentes penales al alegar la peligrosidad del autor:

«Estos rasgos de su conducta (antecedentes penales) y de personalidad no pueden pasar inadvertidos al momento de resolver sobre la viabilidad o no del pedido de libertad condicional, ya que hacen presumir que la misma no se encuentra en condiciones de llevar una vida en libertad sin delinquir, debiendo ordenarse un tratamiento a fin de canalizar su conducta hacia una adaptación a normas sociales y evitar que una vez en libertad vuelva a constituir un peligro para la sociedad más aún atendiendo que el desvío de su conducta lo sufrió en plena adolescencia» (A.I. N°424, del 8 de setiembre de 2004, dictado por el Juzgado de Ejecución N°1 de la capital).

La postura de los Tribunales de segunda instancia no es uniforme sobre el tema. Así se ha acogido favorablemente el recurso de apelación contra la denegación de una libertad condicional basada en los antecedentes penales (A.I. N°319, del 26 de noviembre de 2002, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la capital, Tercera Sala); y desfavorablemente por el mismo motivo (A.I. N°151, del 15 de julio de 2002, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la capital, Cuarta Sala).

Carecer de antecedentes penales no es una condición para otorgar la libertad condicional, es la posición sostenida al emitir un voto en disidencia, en el fallo reproducido a continuación, que determina el alcance del artículo comentado:

«En los fundamentos de su resolución, la señora Jueza sostiene que se debe observar no sólo el tiempo que el condenado guarda reclusión, sino también la personalidad, su vida anterior, las circunstancias del hecho punible, su comportamiento durante la ejecución de la sentencia, sus condiciones de vida y los efectos que la suspensión de su condena puedan tener en él. Al respecto debemos señalar que el art. 51 del C.P. establece solamente tres requisitos para la concesión del citado beneficio, cuales son: 1. Haya purgado las dos terceras partes de la condena; 2. Se pueda esperar que el condenado, aun sin compurgamiento del resto de la pena, no vuelva a realizar hechos punibles; y 3. El condenado lo consienta. Cuando el Código expresa que se tendrán en cuenta muy especialmente, entre otras cosas, la vida anterior del condenado o las circunstancias o la gravedad del hecho por el cual fue condenado, es al solo efecto de comparar su vida anterior con su actitud actual, si el mismo está o no recuperado y si se puede esperar que no vuelva a delinquir. Si se tuvieran en cuenta solamente las circunstancias anteriores, la mayoría de los condenados no accederían a la libertad condicional, y durante la ejecución de su condena no hallarían en este beneficio un aliciente o incentivo para procurar su recuperación y reinserción social. La mayor parte de los fundamentos de la Jueza corresponde al magistrado que está dictando una sentencia condenatoria y no a uno que está analizando la procedencia de una libertad condicional. Cuando ella invoca la disposición constitucional que establece los fines de la pena, sólo menciona uno de esos fines, cual es la protección de la sociedad, e ignora olímpicamente el más importante y que la CN coloca en primer lugar, cual es la readaptación de los condenados. Si se logra este fundamental objetivo, el de conseguir que un condenado pueda vivir sin delinquir, no sólo se está recuperando a una persona humana –revestida de dignidad– sino que al mismo tiempo se está protegiendo a la sociedad de hechos punibles futuros; ya no se debe tener en cuenta el delito por el cual fue condenado puesto que el mismo ya lo ha expiado en prisión. Para la concesión de la libertad condicional a un condenado no se debe analizar cómo era él en el pasado sino cómo es en la actualidad y qué se puede esperar de él. Y esta expectativa no tiene ninguna relación con el hecho punible cometido con anterioridad, sino con la evolución favorable que ha tenido su personalidad durante el tiempo de reclusión. Si no se tienen en cuenta estos postulados la libertad condicional no tendría razón de ser» (A.I. N°310, del 22 de noviembre de 2002, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la capital, Tercera Sala).

Con igual criterio se ha manifestado el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de Asunción:

«La jueza, como fundamento de su fallo, en base al art. 51 del CP, tuvo en cuenta, circunstancias del hecho punible, que en su momento ya fueron objeto de análisis en la sentencia condenatoria, y por ende, en este estadio procesal, resulta incongruente» (A.I. N°9, del 31 marzo de 2004, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de la capital).

2. El principio de inocencia y la suspensión a prueba de la ejecución de condena

La disposición que regula la suspensión a prueba de la ejecución de la condena –art. 44 del Código Penal–, aplicada por remisión a la suspensión condicional del procedimiento –art. 21 del Código Procesal Penal³⁴, contiene el único caso en el cual el Código Penal presenta la figura de una suerte de reincidencia.

Una cuestión interpretativa que plantea, es que la existencia de condena anterior no constituye una circunstancia que excluye la concesión del instituto, puesto que la norma señala: «...La suspensión, generalmente, no se concederá cuando el autor haya sido condenado durante los cinco (5) años anteriores al hecho punible, a una o más penas que, en total, sumen un (1) año de prisión o multa o cuando el nuevo hecho punible haya sido realizado durante el período de prueba vinculado con una condena anterior...» –art. 44 inc. 2 del Código Penal–. En efecto, el antecedente de condena no debe conducir necesariamente a una denegación en todos los casos, la decisión debe depender del caso concreto y la negación tendría relación con la satisfacción de necesidades de prevención especial.

La valoración de procesos anteriores, a cualquier efecto, en los que no han recaído sentencia condenatoria firme, resulta inadmisibles y groseramente violatoria del principio de inocencia consagrado en el art. 4 del Código Procesal Penal en concordancia con el art. 17 inc. 1 de la Constitución. No obstante, es otra de las prácticas comunes de los Tribunales, como así también, la de revocar suspensiones condicionales del procedimiento o de la ejecución de la condena, por la vinculación del beneficiado a un nuevo proceso; cuando la interpretación de las causales de revocación por la realización de un hecho punible por parte

³⁴ CPP. Art. 21. Suspensión condicional del procedimiento. Cuando sea posible la suspensión a prueba de la ejecución de la condena en las condiciones establecidas en el Código Penal, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento...

del imputado –art. 23 del Código Procesal Penal, art. 49 inc. 2 del Código Penal y art. 211 inc. a. del Código de la Niñez y la Adolescencia, respectivamente–, de ninguna manera puede efectuarse soslayando el principio de inocencia.

El instituto de la suspensión a prueba de la ejecución de la medida, contenido en el art. 208 del Código de la Niñez y la Adolescencia, afortunadamente no contempla entre sus requisitorias ningún presupuesto del que pueda inferirse la obligación de que el condenado no tenga antecedentes, como ocurre en el Código de adultos.

VII. EFECTOS DE LOS ANTECEDENTES DEL ADOLESCENTE INFRACTOR

La posición sostenida en este trabajo –los informes de antecedentes penales para organismos oficiales no pueden tener relevancia en procesos penales– también se asume en materia penal adolescente.

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece la prohibición de considerar la imposición de medidas correccionales como antecedentes penales del adolescente:

C.N.A. Libro V. De las infracciones a la ley penal. Título II. De las sanciones aplicables. Capítulo III. De las medidas correccionales. Art. 203. ... Las medidas correccionales no tendrán los efectos de una condena a una pena, en lo relativo a los antecedentes del afectado, sin perjuicio de la posibilidad de asentarlas en un registro destinado a recoger datos para actividades estatales, educativas y preventivas.

Expresando taxativamente que el registro será destinado exclusivamente a recoger datos para actividades estatales, educativas y preventivas, esto es, políticas públicas y, por ende, vedando su consideración en procesos penales.

Con relación a las medidas socio-educativas no se menciona expresamente esta restricción, pero a través del argumento interpretativo *a fortiori*³⁵ cabe entender idéntica proscripción: si las medidas correccionales no tienen los

³⁵ «Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a otra formulación normativa ya interpretada, cuya *ratio* valga con mayor razón para aquélla». MENDONCA, Daniel. *Las claves del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2000, pág. 167.

efectos de una condena en lo relativo a los antecedentes del afectado, con mayor razón tampoco las medidas socio-educativas. Y así lo reglamentó la Corte Suprema por la Acordada N°258 del 2 de julio de 2002:

Art. 1. La oficina de Antecedentes Penales únicamente podrán quedar registradas las resoluciones que, con respecto a los adolescentes infractores de la ley penal, conceden por sentencia definitiva firme y ejecutoriada a una medida privativa de libertad, según lo previsto en el art. 206 de la Ley N°1680/01.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha transgredido la disposición legal citada a través de la citada acordada:

Art. 2. La oficina de estadística criminal sólo podrá proporcionar información sobre sentencias definitivas que impongan medidas correccionales, al interesado, y a magistrados judiciales, Jueces, Fiscales y Defensores de la Niñez y la Adolescencia.

Ciertamente, permite proporcionar información a los operadores de la justicia sobre medidas correccionales impuestas, cuando el Código de la Niñez y la Adolescencia establece que el registro de las mismas será destinado exclusivamente a recoger datos para actividades estatales, educativas y preventivas. Es decir, la aludida acordada ha pretendido, conforme a sus términos, evitar que los adolescentes infractores de la ley penal sean estigmatizados, favoreciendo su reinserción en el ámbito familiar, social y laboral; pero no así que el tratamiento recibido por el sistema penal sea discriminado, en tanto permite que quienes lo administran tengan acceso a tal información.

Lastimosamente, los registros delictivos tienen relevancia aún en el sistema penal juvenil pues son considerados para agravar la situación procesal de los adolescentes, como en el caso de la concesión de la suspensión condicional del procedimiento –art. 21 del Código Procesal Penal–, regida por las reglas de la suspensión a prueba de la ejecución de la condena –art. 44 inc. 2 del Código Penal–; si bien este último instituto no es aplicable a adolescentes, puesto que el mismo está específicamente contemplado en el Código de la Niñez y la Adolescencia, sí los requisitos contenidos en él, aplicados por remisión legal a la suspensión del procedimiento. También en otras situaciones se otorga valor a los antecedentes aunque la legislación no los mencione; éstas son las referentes

a la determinación de las medidas como sanciones penales, la concesión de la libertad condicional y de las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva³⁶. Además de la utilización arbitraria de las planillas de antecedentes que efectúa la Policía.

«A menudo hablamos del hombre que comete un delito, como si él no fuera uno de nosotros, sin embargo de igual forma que ni una sola hoja se torna amarilla sin el silente conocimiento del árbol todo, tampoco el malvado puede hacer el mal sin la oculta voluntad de todos nosotros»³⁷. Las expresiones del *Profeta* se cumplen cuando se estigmatiza al adolescente, que ha tenido contacto con el sistema penal, otorgándole un tratamiento discriminado en todos los sentidos; y uno de los mecanismos para lograrlo es el registro perenne de sus antecedentes delictivos.

VIII. CONCLUSIÓN

Considerar los antecedentes penales, tanto para determinar la sanción como para denegar la libertad condicional, agrava la condición del reincidente. En el primer caso, porque la reincidencia tomada como circunstancia en contra del acusado determina una sanción más grave. En el segundo, debido a que la negación de toda posibilidad de libertad se traduce también en una mayor sanción; en efecto, la ejecución total de la pena resulta más gravosa por la completa privación de libertad del condenado durante todo el tiempo de la condena.

³⁶ Para mitigar los efectos de segregación social y tratamiento penal desigual, que ejercen los antecedentes de medidas privativas de libertad, se ha propuesto la inclusión de una disposición legal que establezca el derecho del adolescente a obtener –de oficio o a petición de parte– la cancelación de sus antecedentes penales por extinción de la medida de conformidad al art. 220 del Código de la Niñez y la Adolescencia, por extinción de la acción penal y por remisión. Esta cancelación implicaría la supresión total de cualquier mención a causa alguna (como de hecho así lo exige el Código Procesal Penal como efecto del sobreseimiento definitivo –art. 361–) y no como se efectúa actualmente, que se consigna la causa, el dato que se ha dictado, por ejemplo, sobreseimiento definitivo, con la manifestación «no representa antecedentes», situación que se considera ejerce igualmente un efecto estigmatizante. GONZÁLEZ VALDEZ, Violeta. *Justicia Penal Juvenil*. Asunción, La Ley Thomson Reuters, 2011, págs. 124 y siguientes.

³⁷ GIBRÁN, Jalil. *El profeta*. Madrid, Edaf, 1991, págs. 49 y 50.

Tan es así que, si bien los antecedentes delictivos no constituyen propiamente una consecuencia de la comisión del hecho punible, sin embargo se traducen en una agravación de la situación del acusado o condenado, condenándolo a una mayor sanción u obligándolo a cumplir la pena en forma efectiva, por haber cometido antes un hecho punible por el cual recibió una condena y fue sometido, en su momento, al régimen penal correspondiente.

Por las razones expuestas, se concluye que la interpretación realizada por algunos operadores de la justicia sobre la consideración de las condenas anteriores, tanto en la libertad condicional como en la determinación de la sanción, resulta abiertamente contraria a la Constitución, por vulnerar el principio *non bis in ídem*. Definitivamente, ninguna persona puede ser perseguida, juzgada ni, por ende, penada más de una vez por el mismo hecho.

Asimismo, se produce una transgresión al principio de culpabilidad por el hecho como resabio de un Derecho Penal de autor, ya que la agravación de la situación del reincidente tampoco encuentra legitimación si se funda en un juicio de reproche formulado por haber cometido el autor otros delitos en su vida pasada, y no solamente por el delito juzgado.

En cuanto a la valoración, a cualquier efecto, de procesos anteriores en los que no han recaído sentencia condenatoria, es evidentemente violatoria del principio de inocencia.

Teniendo en cuenta, que el principio de legalidad debe regir no sólo en las definiciones legales de los hechos punibles y sus sanciones, sino también en el momento de la decisión sobre la responsabilidad penal y la sanción impuesta o la efectivamente cumplida; y considerando, que los antecedentes penales no están mencionados entre las condiciones legales para otorgar libertad condicional, incorporarlos como comprendidos en ellas atenta contra este principio.

Vulnera de igual forma el derecho a la igualdad, pues por el hecho de haber sido alguna vez condenado, el reincidente pasaría a transformarse en una persona de segunda categoría al denegársele el derecho a que el proceso termine de manera alternativa, y recibiendo un trato peor por la imposibilidad de verse beneficiado con alguna prerrogativa, por sus antecedentes.

Finalmente, se ha analizado el uso indiscriminado de los antecedentes que efectúa la Policía. A través de un proceso de criminalización selectiva, a fin de justificar la efectividad de la lucha contra la criminalidad, con la privación periódica de libertad de adolescentes que alguna vez han pasado por las Comisarías. Además, provocando demoras injustas en la concesión efectiva de la libertad.

Se ha concluido que no existe situación ni justificación legal alguna para la invocación de antecedentes policiales durante el proceso penal, por lo que es preciso evitar las nefastas consecuencias de su consideración, haciendo eco de las vehementes afirmaciones del Padre DE LA VEGA, que permanecen vigentes todavía en nuestros días, sobre la irracionalidad y la arbitrariedad de la utilización de los antecedentes policiales en el sistema de justicia.

De los resultados arribados en la investigación se colige que la relevancia otorgada a los antecedentes en las decisiones judiciales, los erige en determinantes factores de influjo durante el proceso e instrumentos de selectividad penal.

Bibliografía

- BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.
- BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E.R. (Directores). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, 1997.
- DE LA VEGA, J.A. S. J. «*La libertad a las personas no la dan los jueces sino la policía*», en *Diario Última Hora*, Asunción, 5 de abril de 1997.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 2000.
- GONZÁLEZ VALDEZ, V. *Defensa Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema penal*. Asunción, Servilibro, 2003.
- GONZÁLEZ VALDEZ, V. *Justicia Penal Juvenil*. Asunción, La Ley Thomson Reuters, 2011.

JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada, Comares, 1993.

MATZA, D. *El proceso de desviación*. Madrid, Taurus, 1981.

MENDONCA, D.. *Las claves del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2000.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

VITALE, G. *Suspensión del proceso penal a prueba*. Buenos Aires, Del Puerto, 1996.

ZAFFARONI, E.R. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 1983, tomo V.

ZAFFARONI, E.R. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires, Ediar, 1998.

ZIFFER, P. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

BREVES APUNTES SOBRE EL MECANISMO DE RECTIFICACIÓN DEL LAUDO Y LAS COSTAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL (STSJ DE ISLAS BALEARES DE 2/2019 DE 20 FEBRERO)

María Rosa Gutiérrez Sanz

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Zaragoza)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MECANISMO DE LA RECTIFICACIÓN POR EXTRALIMITACIÓN PARCIAL DEL LAUDO. III. EL DEBER DEL ÁRBITRO DE PRONUNCIARSE SOBRE LAS COSTAS EN EL PROCESO ARBITRAL.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en su sentencia 2/2019 de 20 febrero, resuelve sobre una acción de anulación fundada en que el árbitro había resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. Tal resolución nos sirve de asidero para realizar una brevísima reflexión sobre dos aspectos: el mecanismo de rectificación del laudo y las costas dentro del procedimiento arbitral.

En el supuesto que nos ocupa, la actora ejercitó una acción de nulidad parcial contra el laudo arbitral y contra la resolución desestimatoria de la solicitud de rectificación parcial del laudo al considerar que el árbitro se extralimitó en sus pronunciamientos al incluir en el laudo una condena en costas cuando ninguna de las partes había solicitado el conocimiento de tal extremo, ya que nunca se había recogido en el convenio arbitral esta cuestión.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Islas Baleares consideró que puesto que las partes se habían sometido al arbitraje de equidad para el cumplimiento del contrato y para cualquier duda que surgiera en su interpretación y ejecución, disolución y liquidación de la sociedad, aunque hubiesen guardando silencio en lo relativo a las costas, ese silencio no podía suponer que no cupiese la imposición de costas en el laudo. Se apoyó el tribunal en que la sujeción a lo dispuesto por el

art. 37.6 de la LA implica, en primer término, que en el arbitraje se generan costas y, además, que si existe pacto acerca de las mismas deberá ser respetado y que, en defecto de dicho pacto, los árbitros deberán pronunciarse sobre las costas, como ocurre en el caso de autos. El tribunal entendió que la sumisión a arbitraje para el conocimiento de la cuestión principal faculta al árbitro para realizar pronunciamientos sobre cuestiones accesorias como es el caso de la condena en costas.

En la sentencia se afirma además que el demandante en su demanda solicitó expresamente la condena en costas del demandado y que este manifestó en su contestación a la demanda un escueto "sin imposición de costas", sin alegar en ningún momento que no era procedente incluir este concepto en las costas que eventualmente podían serle impuestas. Según el tribunal, *ello lleva a concluir que no existe extralimitación o incongruencia del laudo por la imposición de los honorarios del letrado de la demandante en concepto de costas, puesto que solicitada la condena, no hubo desajuste entre el fallo y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, sin que la parte actora se viese impedida de discutir su imposición en un debate contradictorio, lo cual no ocurrió exclusivamente por su dejadez.*

II. EL MECANISMO DE LA RECTIFICACIÓN POR EXTRALIMITACIÓN PARCIAL DEL LAUDO

La garantía de la intangibilidad de las resoluciones supone la imposibilidad de que Jueces y Tribunales, una vez que estas han alcanzado firmeza, puedan ser modificadas fuera de los supuestos y los cauces legalmente establecidos para ello¹. Como es sabido, la regla de la intangibilidad no tiene un fin en sí misma sino que supone un instrumento de protección de la seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva². La regla de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales no

¹ SSTC 48/1999 de 22 de marzo FJ 2 [RTC 1999\48] y 357/2006 de 18 de diciembre, FJ 2 [RTC 2006\357]: "Este Tribunal ha reiterado que la protección constitucional de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, implica que los órganos judiciales no puedan revisar sus decisiones al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que su decisión no se ajusta a la legalidad".

² Por todas STC 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2 [RTC 2000\69] y STC 19/1995, de 24 de enero, FJ2 [RTC 1995\19].

puede tener carácter absoluto puesto que, como el propio Tribunal Constitucional³ mantiene, *tan lesivo de la tutela judicial efectiva puede ser que aquéllas puedan revisarse en cualquier tiempo y de cualquier forma, como que las partes en el proceso se beneficien de simples errores materiales o evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo de la resolución en cuestión, que bien pudieron corregirse a la vista de lo que fácilmente se deduzca, con toda certeza, de su texto*. Precisamente por ello, el legislador arbitó mecanismos excepcionales para que los órganos judiciales aclaren conceptos que no sean claros, suplan determinadas omisiones o corrijan errores materiales que se hubiesen deslizado en sus resoluciones definitivas, no firmes⁴. Así pues, la garantía de la invariabilidad no resulta conculcada cada vez que un órgano judicial altere o modifique de algún modo una decisión anterior⁵, siempre que no aparezca lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta configuración general del tratamiento de la garantía de intangibilidad de las resoluciones tiene su aplicación en el ámbito del arbitraje, si cabe con mayor rigor, ya que el laudo, desde su nacimiento, tiene carácter de cosa juzgada.

El artículo 39 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA), ya en su redacción original⁶ acogía una serie de expedientes mediante los

³ Por todas STC 185/2008 de 22 de diciembre, FJ 2 [RTC 2008\185].

⁴ En tal sentido, la STS 2ª 370/2010, de 29 de abril incide en que “el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión. En este sentido el legislador ha arbitrado, con carácter general, en el artículo 267 LOPJ un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido (...). No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la reforma LO 19/2003 que ha ampliado las posibilidades de variación de la resolución (artículo 267.4 y 5 LOPJ) cuando se trata de suplir omisiones, siguiendo el criterio ya establecido en el artículo 215 LECivil, ahora generalizado a toda clase de procesos, es posible integrar y complementar la sentencia en cuanto se halla omitido pronunciamientos cuyo estudio sea necesario, evitando con ello el acudir al recurso o, en su caso, al incidente de nulidad de actuaciones”.

⁵ ATC 36/1999, de 10 de febrero, FJ 1 [RTC 1999\36 AUTO].

⁶ Ya en la redacción de la Ley de Arbitraje 36/1988, el art. 36 regulaba estos mecanismos de reparación de las resoluciones arbitrales con una redacción bastante similar a la que acogió la Ley 60/2003, si bien se dejaba en manos exclusivas de las partes la posibilidad de solicitar a los árbitros que procedieran a la corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o similar o que aclaren algún concepto oscuro u omisión del laudo.

cuales los árbitros podían, en un momento posterior pero muy próximo al de la emisión del laudo final, corregir cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar, aclarar un punto o una parte concreta del laudo o completar el laudo respecto a peticiones formuladas y no resueltas⁷. Con tal previsión se dotaba al procedimiento arbitral de un mecanismo ágil y práctico con el que las partes podían ver solventados, por el propio árbitro de la causa, una serie de defectos sin que se produjera una innecesaria dilación en la resolución de la contienda.

La reforma operada por efecto de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, añadió un nuevo párrafo al apartado primero del precepto antes mencionado y dio entrada a la posible *rectificación de la extralimitación parcial del laudo cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje*. Como puede observarse, y a diferencia de lo que sucede en el artículo 41 LA⁸, se regula de forma conjunta la rectificación por extralimitación en el laudo cuando el árbitro haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión y la extralimitación por pronunciamientos sobre cuestiones no arbitrables.

Esta novedosa previsión tuvo un carácter excepcional, ya que carecía de precedentes tanto en la legislación arbitral patria, en el Código Modelo en que se basó⁹ y, desde luego, en todas nuestras normas, ya que no encontramos algo similar ni en la Ley Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial. De hecho, el art. 215 de la LEC faculta al juez ordinario a corregir la incongruencia omisiva pero no le permite que resuelva por sí mismo la incongruencia *extra petita*.

⁷ El art. 39 de la LA tomó como puntos de referencia las normas internacionales que sirvieron de inspiración a toda la Ley, y en concreto en los artículos 36 y 37 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y de forma mucho más amplia, en el artículo 33 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

⁸ En el cual se fijan como motivos distintos el que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión (41.1.c), y el que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje (41.1.e).

⁹ Cfr. MANTILLA SERRANO, F. en «Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional», Madrid, 2004.

Con esta disposición, el legislador perseguía evitar la interposición de la acción de anulación basada en la extralimitación parcial del laudo. Se pretendía que la intervención judicial en el ámbito del arbitraje fuese la mínima posible, tratando de conjurar convertir la demanda de anulación en una instancia de apelación a través de la que subsanar de forma previa los errores en que pudiera incurrir el laudo. Se introdujo, en definitiva, un "incidente" previo en el que el árbitro podía anular aquellos pronunciamientos que considerará erróneos. Pero la cuestión que cabe plantear es si anular una parte de un laudo, parte que tiene naturaleza de cosa juzgada desde su emisión y notificación, no encierra en realidad algo más que un mecanismo sanador. El legislador, en el Preámbulo de la Ley 11/2011, se refiere al mismo como "remedio" termino que para algunos¹⁰ hace clara referencia al concepto clásico de medio de impugnación que se plantea ante el mismo órgano que ha dictado la resolución, a diferencia de "recurso" que sería el que se formulase ante un órgano distinto. Desde luego, somos de la misma opinión. Con este mecanismo se creaba, llamémoslo como queramos, un recurso ante el mismo órgano emisor del laudo, con la especialidad de que le facultaba para alterar de manera importante el contenido del laudo, dejando sin efecto una parte del mismo que, no olvidemos, ya tenía carácter de cosa juzgada, y además en un momento en que podría carecer ya de jurisdicción.

Además, lo cierto es que la utilidad real de este mecanismo es altamente cuestionable. El porcentaje de laudos en los cuales la acción de anulación se plantea precisamente sobre la resolución del árbitro desestimando o estimando la rectificación por extralimitación del laudo es altísima. Las partes en un arbitraje, y esto es algo que no podemos obviar, buscan cualquier mecanismo que les permita hacer aquello que por naturaleza el propio procedimiento arbitral proscribía: recurrir. Todos los que intervenimos en procedimientos de arbitraje somos conscientes de que, en más casos de lo deseable, los letrados, acostumbrados al proceso civil, no se aquietan fácilmente a lo laudado y buscan y utilizan los mecanismos que el legislador ha regulado, sean estos los más adecuados al supuesto o no. Para muestra, el abuso de la invocación del orden público como motivo de anulación buscando la alteración del fallo haya o no causa para ello.

El uso de este instrumento, no solo no supone acortar el proceso sino que *de facto* incorpora una nueva instancia y unos nuevos gastos para las partes, ya

¹⁰ BARONA VILLAR, S., en VVAA. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2011, pág. 1581.

que los letrados y el árbitro pueden incluir en sus minutas estas actuaciones, elevando así el coste del arbitraje.

Cosa distinta es si se considera que la solicitud de rectificación por extralimitación funciona como presupuesto necesario de procedibilidad para la posterior interposición de la acción de anulación.

Si ponemos la previsión del art. 39 LA en relación con el artículo 6 de la LA en el que se establece que si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la LA o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en la ley, se puede llegar a la conclusión de que cuando la parte no ejercita este mecanismo renuncia tácitamente a la facultad de impugnación a través de la acción de anulación¹¹.

El tema está íntimamente relacionado con la doctrina de los actos propios, que tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe¹², que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables¹³. En realidad, se trata de una idea que conecta de forma casi necesaria con la propia esencia del arbitraje, que arranca del acuerdo de dos voluntades de someter su conflicto a un tercero diferente del juez y acatar lo que diga. Desde el inicio, las partes basan su fórmula en una confianza mutua y en la buena fe, y precisamente esta doctrina de los actos propios constituye una derivación inmediata y directa del principio de la buena fe. En este sentido, si las partes han tenido conocimiento de un vicio de incongruencia o de exceso de jurisdicción en el momento de la notificación del laudo, deberían ponerlo de relieve en ese momento, puesto que en caso contrario su conducta da a entender su consentimiento para luego de forma extemporánea instar la anulación del laudo¹⁴.

¹¹ En tal sentido STSJ de Madrid de 24 de Marzo de 2015.

¹² Vid, CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, 2000, pág. 81.

¹³ Cfr. BARONA VILLAR, S., *Comentarios...* cit., págs. 1666 y ss.

¹⁴ En este sentido la SAP de Audiencia Provincial de Zaragoza 50/2010 de 5 febrero se pronuncia en los siguientes términos: En efecto, el Art. 6 L.A. está directamente inspirado en la Ley Modelo que parte de la "recomendación" de las Naciones Unidas y que obliga a las partes en el arbitraje a la denuncia tempestiva e inmediata de las violaciones de normas dispositivas (E. de M.). De tal

Nuestros tribunales¹⁵ han sido muy claros al decir que no será posible invocar una infracción cometida en el procedimiento como motivo de anulación si no se dio con anterioridad oportunidad a los árbitros de enmendarla. Además, han afirmado que la previsión contenida en el art. 6 no debería limitarse en su aplicación a las normas dispositivas, sino que también en el caso de normas imperativas, las partes deberían verse compelidas a denunciar las infracciones en el momento oportuno y, en el supuesto de no proceder así, les debería quedar vedado el ejercicio de la acción de anulación.

Pero lo cierto es que el legislador no parece tener esta consideración de forma clara. De hecho, en el Proyecto de Ley de reforma de la LA, este expediente de la rectificación se introdujo en el apartado segundo del artículo 40 LA como presupuesto de procedibilidad para el ejercicio de la acción de anulación por esta causa, y con la finalidad de evitar llegar a la interposición de la misma. Fue por efecto de una enmienda¹⁶ por la que finalmente terminó siendo ubicada en el art. 39 junto con el resto de los mecanismos reparadores.

manera que si así no se hiciera se considerará que hay una renuncia tácita a las facultades de impugnación. Así lo ha entendido la escasa jurisprudencia existente al respecto. Ss. A.P. Madrid, sección 12, de 25-11-2008, Pontevedra, sección 6ª, de 30-junio-2008 y Vizcaya, sección 4ª, de 20 de mayo de 2009. Estas dos últimas resoluciones entienden que el fundamento último de dicho precepto está en la doctrina del T. Constitucional según la cual “No cabría sostener una denuncia constitucional de indefensión por quien coadyuvó a su producción con una actitud pasiva o negligente, añadiendo después que “el juicio de imputabilidad al demandante de amparo de la propia indefensión que dice sufrida ha de realizarse, como tiene declarado este Tribunal Constitucional, teniendo presentes la circunstancias del caso concreto”, debiéndose exigir en el presente caso, cualquier alegación o protesta, dentro del plazo conferido al efecto y no esperar a su preclusión para hacerlo” (Ss. T.C. 15/01, de 29 de enero y 1/00 de 17 de enero).

¹⁵ En este sentido la SSAP de la Audiencia Provincial de Zaragoza 491/2007 y Audiencia Provincial de Madrid de 28 de septiembre de 2002, de 18 de marzo de 2004 y de 26 de abril de 2005.

¹⁶ Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso que consideró que el apartado segundo, que se introducía ex novo, en el artículo 40 del Proyecto de ley de reforma de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, tenía su encaje natural en el artículo 39, donde se regulan la corrección, aclaración y complemento del laudo, también con carácter contradictorio, no solo se modificó la ubicación de la previsión, también se modificaron otros aspectos. En el Proyecto esta solicitud de rectificación ante el árbitro se planteaba como un presupuesto de admisibilidad de la acción de anulación: 2. Cuando la causa de la acción se encuentre en la extralimitación parcial del laudo, antes del ejercicio de la misma se solicitará al árbitro, en el plazo de diez días desde su notificación, que corrija el exceso. Cuando sin embargo, esta previsión pasa al artículo 39, ha perdido este carácter, de tal forma, que aparece como una opción para la parte. De hecho, los artículos 40 y 41 de la Ley de Arbitraje no hacen ningún tipo de precisión al respecto.

La doctrina mayoritaria ha venido a entender que, aunque a efectos prácticos es prudente denunciar toda clase de vicios e infracciones cuando se tenga conocimiento de ellos, incluidos los que se refieren a normas imperativas, el legislador ha querido primar el interés en la defensa del componente imperativo del arbitraje y, en tal sentido, permite la denuncia directamente en anulación aun cuando no se hubiera realizado antes¹⁷.

III. EL DEBER DEL ÁRBITRO DE PRONUNCIARSE SOBRE LAS COSTAS EN EL PROCESO ARBITRAL

La LA dedica el art. 37.6 al tratamiento del tema de las costas en el procedimiento arbitral estableciendo que *con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral*. La redacción recoge dos aspectos esenciales. En primer lugar, la prevalencia de la autonomía de las partes, que determina como criterio preferente el acordado por las partes y, en segundo lugar, que los árbitros se pronunciaran en el laudo sobre las costas.

Esta norma fue interpretada de forma diferente por la demandante de anulación de la sentencia referida al inicio de este breve trabajo. La actora considera que si las partes no someten de forma expresa las costas al conocimiento del árbitro, este no puede pronunciarse sobre los mismos, y que si lo hace estaríamos ante un supuesto de extralimitación en los pronunciamientos del laudo. La sentencia STSJ de Islas Baleares 2/2019 plantea una doble fundamentación para desestimar la misma. Por un lado, sostiene que la sumisión al arbitraje supone

¹⁷ GUZMAN FLUJA, V., en VVAA. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2011, pág. 284.

sumisión también a que el árbitro se pronuncie sobre las costas por ser cuestiones accesorias a la principal¹⁸ y, por otra, que en los escritos de demanda y contestación se introdujo esa pretensión¹⁹.

Ahora bien, lo que subyace es la existencia de un deber real del árbitro de pronunciarse sobre las costas con independencia de que las partes lo soliciten o no derivado de la naturaleza imperativa de la norma 37.6. Además, como ha puesto de relieve una consolidada jurisprudencia²⁰, el pronunciamiento es necesario por su carácter de pronunciamiento complementario encaminado a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos.

Como puso de relieve el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto de LA, *el art. 37.6 obliga a los árbitros, con sujeción a lo acordado por las partes, a pronunciarse en el laudo sobre las costas del arbitraje*, y ello porque estamos ante una norma que tiene carácter imperativo.

¹⁸ *El silencio de las partes no puede suponer que no quepa la imposición de costas en el laudo. La sujeción a lo dispuesto por el art. 37.6 de la LA implica, en primer término, que en el arbitraje se generan costas y; además, que si existe pacto acerca de las mismas deberá ser respetado y que en defecto de dicho pacto, los árbitros deberán pronunciarse sobre las costas, como ocurre en el caso de autos.*

Ello es congruente con la propia sumisión a arbitraje, si es posible someter al mismo la cuestión principal, las cuestiones accesorias como la condena en costas también quedan sometidas a la decisión del árbitro, con lo que decae asimismo la alegación de que el laudo se ha referido a cuestiones no susceptibles de arbitraje. Como se ha expuesto, el arbitraje ha recaído sobre una cuestión principal de libre disposición de las partes y sobre la accesoria de la condena en costas.

¹⁹ *Contrariamente a lo alegado por la actora, hubo sumisión a arbitraje de las costas causadas por los honorarios del letrado de la parte contraria desde el momento mismo en que el importe de dichas costas fue solicitado expresamente por el demandante en la demanda arbitral y al respecto el demandado se limitó a manifestar en su contestación a la demanda un escueto “sin imposición de costas”, sin alegar, cuando dicha carga a él le competía, que no era procedente incluir este concepto en las costas que eventualmente podían serle impuestas.*

Ello lleva a concluir que no existe extralimitación o incongruencia del laudo por la imposición de los honorarios del letrado de la demandante en concepto de costas, puesto que solicitada la condena, no hubo desajuste entre el fallo y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, sin que la parte actora se viese impedida de discutir su imposición en un debate contradictorio, lo cual no ocurrió exclusivamente por su dejadez.

²⁰ SSTS de 21 de Noviembre de 1989 , 13 de Octubre de 1990 , 28 de Enero de 1991, 4 de Julio de 1994, 21 de Febrero de 2007, 5 de Marzo de 2007 y 19 de Septiembre de 2007 entre otras muchas.

De esta forma, si el árbitro no se pronuncia sobre las costas en el laudo estaríamos ante un laudo viciado o bien por incongruencia o bien por ser contrario a lo previsto en una norma imperativa. Así, compartimos el parecer de MUNNÉ CATARINA²¹ cuando plantea las consecuencias jurídicas en el supuesto de que las partes, en sus alegaciones o en el mismo convenio, hayan solicitado el pronunciamiento en costas y el árbitro omite dicho pronunciamiento. En este caso estaríamos ante un laudo incongruente por *citra petitia* y podría dar lugar a la solicitud de complemento del laudo y, en caso de que el árbitro denegare ese complemento o no lo llevara a cabo, podría ser objeto de una acción de anulación con base en el art. 41.1, d) LA, ya que el laudo (art. 38.1 LA) no se habrá «ajustado a la Ley» infringiendo una norma imperativa (art. 37.6 LA).

Un supuesto distinto es aquel en que las partes no hubiesen solicitado el pronunciamiento en costas en ninguna de sus alegaciones, tampoco constara en el convenio, e incluso lo hubieran excluido exprememente del conocimiento del árbitro, en este caso ¿podría el árbitro omitir el pronunciamiento en el laudo? Creemos que la respuesta ha de ser negativa, ya que si consideramos que nos encontramos ante una en una norma imperativa, el árbitro habrá de pronunciarse sobre las costas bajo sanción de dictar un laudo anulable²².

²¹ MUNNÉ CATARINA, F., “La tasación de las costas del proceso arbitral”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2, 2007, pág. 129.

²² En tal sentido la SAP Madrid, 251/2011, 24 de mayo de 2011 afirmó que en ausencia de una expresa referencia en el convenio arbitral a las costas del procedimiento lo único que significa es que de haber un acuerdo entre las partes, el pronunciamiento arbitral sobre las costas deberá sujetarse al mismo y, en ausencia decidirá el árbitro el pronunciamiento que proceda.

JURISDICCIÓN VERSUS ARBITRAJE: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Isabel Hernández Gómez
Profesora Titular de Derecho Procesal
(Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE. III. EL CONVENIO FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL. IV. JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE, MÉTODOS COMPLEMENTARIOS: INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. 1. La Intervención en la Designación y Remoción de Árbitro. 2. La Adopción de Medidas Cautelares. 3. La Acción de Anulación del Laudo Arbitral. 4. La Ejecución del Laudo. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de lo que pueda parecer, y más allá de que, en efecto, el auge de los ADR y, en concreto del Arbitraje se ha generalizado a partir de la segunda mitad del siglo XX y ha crecido exponencialmente en lo que va de siglo XXI, lejos de ser un método reciente de solución de conflictos, es un sistema histórico, que hunde sus raíces en la Grecia clásica¹.

También el derecho romano reguló de alguna forma el arbitraje. Inicialmente era el *pater familias* el que trataba de conciliar a las partes. En una fase posterior, esta función se asignó a un árbitro ante el que se planteaban de forma voluntaria las discrepancias o enfrentamientos a través de una ordalía llena de ritos y con

¹ Así, señalaba Platón en su obra, *Las Leyes*, que «los primeros jueces serán los que el demandante y demandado hayan elegido de común acuerdo, a quienes el nombre de árbitro conviene mejor que el de jueces». Vid. Platón, *Las Leyes*. Ediciones Ibéricas, citado por HERRERA DE LAS HERAS, R. “La Autonomía de la Voluntad en el Arbitraje y en la Mediación. Jurisprudencia Constitucional Española y Experiencia en el ámbito del Consumo”, *Revista de Derecho*, Vol. XXV, Nº 1, 2012, pág. 176. Vid. también, ZAPPALÁ, F. “Universalismo Histórico del Arbitraje”, *Universitas*, nº 121, 2010, págs. 193-216.

un fuerte carácter religioso. Finalmente se reconoció a las partes la libertad de elección del tercero imparcial, investido de *auctoritas*, que debía resolver sus controversias².

En la Ley de las XII Tablas aparece reglamentado el procedimiento en el cual un magistrado impone pactos entre las partes de forma que la imposición de una sanción pecuniaria fija sustituye la venganza privada y obliga a las partes a someterse al arbitraje, en el cual se fallaría sobre las reclamaciones formuladas. Igualmente en esta ley se hace mención del *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en el que se establece que en el caso de división de una herencia se designará un árbitro, considerada la primera fórmula legal de arbitraje en Derecho romano³.

En la Edad Media, el arbitraje fue la forma de resolución de controversias más utilizada, pues en ella la burguesía encontró el instrumento ideal para resolver los conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. En esta etapa la justicia consular se forma como una jurisdicción distinta a la ordinaria gracias al desarrollo que alcanzaron las Corporaciones comerciales de mercaderes en Italia, Francia y España en los siglos XII y XIII. El Breviario de Alarico primero y el *Liber Iudiciorum* después, tienen una gran influencia del Derecho romano y reconocen el arbitraje como una institución jurídico privada, equiparando a los árbitros con los jueces en materia de responsabilidad y dotando de fuerza ejecutiva y carácter de cosa juzgada a la sentencia arbitral. La Ley de las Siete Partidas (1265) consolidó la función del arbitraje. Estas leyes son un antecedente importante en el desarrollo del arbitraje en nuestro país⁴.

² PUJADAS FREIXAS "Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho romano", en Revista I.D.A, 163, 1980, citado por GASPAS LERA, S. El Ámbito de aplicación del arbitraje, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998.

³ AGUDO RUIZ A. "Crítica bibliográfica a Antonio Fernández de Buján, Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano, Madrid Iustel, 2006", en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 4, diciembre, 2006, págs. 215-227, accesible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero4.htm>

⁴ Vid. MONROY CABRA, M.G. "Arbitraje", Edit. Temis, Bogotá, 1982; citado por VILLALBA CUÉLLAR, J.C./MOSCOSO VALDERRAMA, R.A. "Orígenes y Panorama actual del Arbitraje", *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. XI, nº 22, Colombia 2008, págs. 141-170, accesible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa>

En España, en la época liberal de principios del siglo XIX, la Constitución de 1812⁵, paradigma de la filosofía liberal que inspiraba nuestro país por entonces, hacía mención en tres de sus artículos al sistema extrajudicial de resolución de conflictos⁶.

El Código de Saiz de Andino de 1889, en materia comercial, estableció el arbitraje como medio de resolución de conflictos de naturaleza mercantil. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento de los negocios y de las causas Comercio de 1830 estipuló el uso del arbitraje para las controversias relativas a sociedades mercantiles, y posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 lo hizo extensivo a conflictos de cualquier naturaleza. El Decreto sobre Unificación de Fueros de 1868 derogó el procedimiento de la Ley de 1830 dejando vigente sólo la regulación que, respecto del arbitraje, se contenía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que solo excluía del arbitraje aquellas controversias relativas a la capacidad y al estado civil de las personas o aquellos en los que intervenía el Ministerio Fiscal, es decir, aquella parcela del Derecho Civil con objeto indisponible. La Ley Procesal de 1881 derogó la anterior, pero siguió la misma tendencia, incorporando controversias susceptibles de arbitraje, reconociendo, al igual que lo hacía la legislación anterior, un recurso de apelación contra las sentencias resultantes de un procedimiento arbitral.

Posteriormente la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953, supuso la unificación de la figura del Arbitraje, hasta ese momento dispersa en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil y el Código de Comercio, y que estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1988⁷.

⁵ La Constitución de 1812, se puede consultar en la página web del Congreso de los Diputados: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf

⁶ El artículo 280 de la Constitución de 1812 señalaba que «no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes». Por su parte el artículo 281 establecía que «La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar»; y el art. 282 señalaba que «El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto». Cfr. MERCHÁN ÁLVAREZ, A., “La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”, *Materiales para el Estudio de la Constitución de 1812*, CANO BUESO, J. (Ed.), Parlamento de Andalucía/Tecnos, Sevilla, 1989, págs. 465-479. ÍDEM, “La Constitución de 1812 y el Arbitraje”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 85, 2012, págs. 29-46.

⁷ Cfr. VILLALBA CUÉLLAR, J.C./MOSCOSO VALDERRAMA, R.A., “Orígenes y Panorama actual del Arbitraje”, op. cit., pág. 146.

Aunque la Constitución española de 1978 no hace mención alguna al arbitraje⁸, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones, el carácter constitucional de este método de resolución extrajudicial de conflictos, señalando que el arbitraje es un *“medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento”*⁹.

Así, pues, es un hecho incontestable que los ADR se han consolidado, a nivel mundial, como un sistema idóneo para resolver las discrepancias que puedan surgir en el ámbito civil de las relaciones entre particulares, como en el tráfico mercantil, tanto interno como internacional, de manera rápida, eficaz, y con las necesarias garantías de confidencialidad y especialización, facilitando así el desarrollo fluido de los intercambios comerciales y económicos al ajustarse a las nuevas y más complejas características que están presentes en las transacciones

⁸ Como concluye OTERO LASTRES, J.M., “El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, en *Abogados*, 2007, pág. 55, «si la Constitución de 1978 hubiera mencionado expresamente el arbitraje, como hacia la Constitución de Cádiz de 1812, el intérprete no se vería obligado a realizar todos estos esfuerzos para situar al arbitraje en el lugar que le corresponde dentro de la Constitución».

⁹ Vid. STC 176/1996, de 11 de noviembre, en su fundamento 4: *«tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988 [rtc 1988\43], 233/1988 [rtc 1988\233], 15/1989 [rtc 1989\15], 288/1993 [rtc 1993\288] y 174/1995 [rtc 1995\174]), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), de manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su “equivalente jurisdiccional” arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 [rtc 1991\62] y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del laudo. y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. pues como ha declarado reiteradamente este tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal» (SSTC 99/1985 [rtc 1985\99], 50/1990 [rtc 1990\50] y 149/1995 [rtc 1995\149], entre otras)*. Más recientemente lo ha reafirmado la STC 9/2005 de 17 enero en su fundamento jurídico 2.

que se producen en el nuevo entorno configurado por la globalización de la economía y la nueva sociedad de la información¹⁰.

También en nuestro país en el ámbito Civil y Mercantil, los métodos alternativos de resolución de conflictos, como hemos puesto de relieve, están consolidados desde hace bastante tiempo.

La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 aportó un nuevo marco jurídico que permitió el desarrollo de la institución¹¹. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, vino a consolidar el desarrollo del arbitraje tanto nacional como internacional y a posibilitar especialmente la consolidación de este último en nuestro Ordenamiento Jurídico, y que fue posteriormente complementada, en materia de consumo, por el Real Decreto 231/2008 por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, actualmente en vigor en España que ha comportado numerosas ventajas en dicho procedimiento¹².

Ahora, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la

¹⁰ Vid. CAPPELLETTI, M., *Alternative Dispute Resolution Proceses Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, Modern Law Review, 1993, p. 282, citado por BARONA VILAR, S. "La incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia", en BLASCO GASCÓ, F. de P., CLEMENTE MEORO, M. E., ORDUÑA MORENO, F. J., PRATS ALBENTOSA, L. y VERDERA SERVER, R., (Coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 227 a 250.

¹¹ La promulgación de la vigente Constitución de 1978 exigía cambios radicales frente a la organización política y jurídica del régimen anterior. Los postulados sobre los que se asentaba la Ley de Arbitraje de 1953, basados en el monopolio jurisdiccional del Estado y la obstaculización del Arbitraje, no eran compatibles con los fundamentos de una España democrática. La entrada en vigor de la Ley de Arbitraje de 1988 daba al traste con los fundamentos anacrónicos de la Ley de Arbitraje de 1953, sirviendo como punto de partida del desarrollo del arbitraje en España. Para un iter histórico legislativo del Arbitraje puede consultarse MERCHÁN ÁLVAREZ, A. "El Arbitraje. Estudio Histórico-Jurídico", Sevilla, 1981. Para un Estudio de la Jurisprudencia Española anterior a la Ley de 1988, Vid., CREMADES B. "Évolution récente du droit espagnol en matiere d'arbitrage", *Revue de l'Arbitrage*, nº 2, 1988, págs. 223-236.

¹² Vid., sobre el particular, BONACHERA VILLEGAS, R. "El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo", *Diario La Ley*, nº 7045, Octubre 2008.

Administración General del Estado, ha venido a introducir algunas mejoras que la práctica había señalado como convenientes¹³.

Finalmente, la regulación, relativamente reciente, introducida por la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 6 de Julio de 2012, que generaliza el uso de este instrumento en el ámbito del Derecho privado en sentido amplio¹⁴, y cuyo Acuerdo es susceptible de ejecutarse por la vía del Proceso Ordinario de Ejecución, cuando ha sido elevado a escritura pública u homologado ante el juez competente¹⁵.

Sin embargo, la resolución extraprocesal de los Conflictos no es ajena tampoco a la regulación Procesal Civil, toda vez que métodos alternativos de resolución de Conflictos y Proceso Civil comparten el objeto material sobre el que recaen, es decir los derechos subjetivos de las partes, regulados en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, en sentido amplio, con excepción de aquellas parcelas del Derecho Privado que tienen un objeto procesal indisponible (las relativas al estado civil y la capacidad de las personas), y que se sustraen tanto a los ADR como al poder de disposición de las partes en el Proceso Civil¹⁶.

¹³ Como consecuencia de ello también se modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Concursal, e igualmente incide en la reforma la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Vid. Sobre la Reforma de la LA, HINOJOSA SEGOVIA, R. "La Nueva Ley de Arbitraje" en *Economist & Jurist*, julio-agosto de 2011, pág. 17. en https://www.cuatrecasas.com//media_repository/docs/esp/la_nueva_ley_de_arbitraje_739.pdf. OLIVENCIA RUIZ, M., "El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la ley 60/2003", *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 111, nº 4, /2012, págs. 1005-1030.

¹⁴ Transposición en el Derecho español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la Mediación en litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁵ ORTUÑO MUÑOZ, J.P./ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en la jurisdicción civil y penal*, Ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2007. GARCÍA ÁLVAREZ, R. "La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012, accesible en www.diarolaley.es, año XXXIII, nº 7828 29.marzo.2012. BUSTELO, D. /LAMM, C. "Acerca del nuevo Real Decreto-Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles", accesible en www.diariojuridico.com/opinion, 01 de abril de 2012.

¹⁶ No hay que olvidar que la Ley de Arbitraje 60/2003 es una norma de competencia exclusiva del Estado español La propia Ley expresamente establece en su disposición final segunda: «*Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149. 1.6ª y 8ª de la Constitución*».

Así, la Conciliación extraprocésal Previa¹⁷, que se recogía, con carácter preceptivo, en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (como requisito de admisibilidad de la Demanda) y que en la de 1 de Enero de 2000, se reguló inicialmente, como una facultad dejada a las partes para intentar el arreglo de la controversia antes de su interposición, y que en la actualidad se regula en la Ley 15/2015 de 6 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria¹⁸.

También la Conciliación intraprocésal que permite la resolución del conflicto, una vez iniciado el proceso, a presencia judicial. La Ley 1/2000 de 7 de Enero permite en el juicio civil ordinario ya iniciado la conciliación coetánea, ante el Juez de Primera Instancia, si bien, a partir de la Ley 13/2009 de 3 de Noviembre, de reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Oficina Judicial, encomienda la aprobación de la Conciliación acordada por las partes al Letrado de la Administración de Justicia, en detrimento del Juez, mediante la emisión del oportuno Decreto, resolución procesal que igualmente constituye título ejecutivo y que puede abrir el proceso ordinario de ejecución en caso de incumplimiento.

¹⁷ La Conciliación previa y preceptiva fue objeto de regulación material y procesal por los Códigos que precedieron a la LE Civil de 1881, a lo largo del siglo XIX. Así, el C. Civil de 1829 y el Proyecto de C. Civil de 1851; y en el ámbito procesal, la Ley de Enjuiciamiento de Negocios de Comercio de 1830, la LE Civil de 1855 y las normas procesales especiales –Reglamento Provisional para la Admón. De Justicia de 1835, Ley estableciendo el Juicio de Menor Cuantía de 1838, y la Instrucción del Marqués de Gerona del Procedimiento Ordinario de 1853– regulan la Conciliación Civil Previa y preceptiva, antes de la iniciación del Proceso, y cuyo Documento que acredita haberla intentado, debe acompañar a la Demanda (art. 524 LE Civil 1881). La LE Civil 1881 unificó la conciliación Civil y Mercantil, y asimiló, hasta 1984, su carácter preceptivo. Cfr. ALONSO FURELOS, J.M. “La Conciliación Previa al Proceso Penal por delito privado”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXVIII, 2016, págs. 337-338.

¹⁸ La Conciliación judicial civil regulada en la LE Civil, y vigente hasta el 22 de Julio de 2015, ha sido derogada por la Ley 15/2015 de 6 de Julio (BOE 3 de Julio 2015), de la Jurisdicción voluntaria, y trasladada de la LE Civil hasta la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 139-148). La Disposición Derogatoria Única de la LE Civil 1/2000 de 7 de Enero, derogó la LE Civil de 1881, pero dejó vigente la Conciliación regulada en ella, en los arts. 4.1; 10.1; 11 y 460-480 de la LEC 1881, hasta que entrase en vigor la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria. Por tanto hasta julio de 2015, el régimen vigente de la Conciliación voluntaria previa es la establecida en la Ley de 1881 (regulación de su trámite en los arts. 460-480). El Texto originario de la LE Civil de 1881 fue objeto, posteriormente, de reformas sustanciales. Así, en 1984, la Ley 34/1984 de 6 de Agosto de Reforma Urgente de la LE Civil convirtió la conciliación históricamente preceptiva, en voluntaria; la Vigente LE Civil 1/2000 la permite en el juicio ordinario, y relega la Conciliación previa a la Jurisdicción Voluntaria.

O la relativa al contenido de la Audiencia Previa en la actual regulación del proceso ordinario, donde la primera obligación del Juez es instar a las partes a que lleguen a un acuerdo, que de alcanzarse pondría fin al proceso iniciado en esta fase, acuerdo que, igualmente, constituye título ejecutivo.

Pero, además, el Proceso Civil, en cuanto versa sobre derechos subjetivos privados, descansa sobre los principios de autonomía de la voluntad, Justicia rogada o a instancia de parte, Dispositivo y de aportación de parte, lo que supone que la libertad absoluta de los particulares no se circunscribe sólo a iniciar o no el proceso, sino que se extiende también a la pretensión y al propio proceso, pudiendo ponerle fin anticipadamente, sin que haya pronunciamiento sobre el fondo en los supuestos de la renuncia a los derechos que fundan la pretensión (art. 20.1 LE Civil) o el desistimiento del proceso entablado (20.2 LE Civil), sea por conformidad o allanamiento del interpelado (art. 21 LEC), o por satisfacción extraprocesal de aquélla (art. 22.1 LEC), sea por medio de concesiones mutuas entre las partes que conduzcan a una transacción judicial (arts. 19 y 415 LEC), mediante Acuerdo o Convenio alcanzado por las partes durante la sustanciación del proceso, que será homologado por el Tribunal que conozca del asunto, mediante Auto que también tiene fuerza ejecutiva.

También, el C. Civil define la transacción tanto judicial como extrajudicial, como un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado (art. 1809).

Y, además, y en definitiva, es la propia LE Civil la que establece en su art. 19 que: *"... los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero"*.

Es por ello que creemos que hay una íntima conexión entre el Proceso Jurisdiccional Civil y los Métodos alternativos de Resolución de conflictos, porque ambos derivan del principio de Autonomía de la voluntad y del poder de disposición de los ciudadanos en el ámbito de los derechos subjetivos privados, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, con fundamento en el derecho fundamental a gestionar sus conflictos, sin la intervención del Estado,

en el ejercicio del valor superior de la libertad (art. 1 de la CE), mediante los instrumentos previstos en las leyes.

Finalmente añadir que en esta materia, el constitucionalismo emergente en el procesalismo español, sobre todo después de la Constitución de 1978, ha supuesto la irrupción del fenómeno de la constitucionalización del proceso civil¹⁹ y de su método constitucional de litigación en la medida en que *“la ley procesal sea fiel interprete de los principios de la Constitución”*²⁰ ya que ha permitido justificar constitucionalmente que son las partes y solo ellas quienes pueden disponer –y aportar– el cómo y el cuándo desean hacer uso de la tutela judicial efectiva que oferta el artículo 24 de la Constitución (art. 216 LE Civil), que además recoge las fuentes reguladoras del proceso civil²¹.

Ese mismo modelo de sujeción a la Constitución se exige, como vamos a analizar, a los Medios alternativos de resolución de Conflictos. El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad, valor fundamental que nuestro ordenamiento jurídico propugna en el artículo 1.1 CE. Tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el arbitraje es *«...un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)...»*²².

¹⁹ Como expresa LORCA NAVARRETE, A. M. “Constitución y litigación civil”. Publicación del Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2018, págs. 1 y ss. «Superada la secular realidad de un Derecho Procesal Civil huérfano de concretos referentes constitucionales que justificó que fuera empaquetado recurriendo a la idea romana *iudicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei* asumida por HEGEL, afirmada por BETHMANN-HOLLWEG y desarrollada por Oskar von BÜLOW (CHIOVENDA) así como también su inclusión en una “situación jurídica” –*Gesetz als Rechtslage*– germinada por GOLDSCHMIDT y surgida de los presupuestos metodológicos desarrollados por VON BÜLOW (GOLDSCHMIDT), el modelo de litigación civil que adopta la vigente ley de enjuiciamiento civil camina, en pleno siglo XXI, haciendo posible el mantenimiento del orden público constitucional».

²⁰ VALLESPÍN PÉREZ, D. Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil, Barcelona 2009, pág. 15.

²¹ SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. “Principios del Proceso Civil”, Jornadas sobre práctica de Derecho procesal. Análisis actual y nuevas orientaciones. Servicios de publicaciones Centro UNED Melilla. 1994, pág. 82. Vid, también, ALMAGRO NOSETE, J. Constitución y Proceso. Bosch, Barcelona 1984, pág. 75. IDEM, “Garantías Constitucionales del Proceso Civil”, Para un Proceso Civil eficaz. Barcelona 1982, pág. 11. CASTILLEJO MANZANARES, R. “Proceso civil y principio dispositivo”, Tratado sobre la disposición del Proceso Civil, Tirant Lo Blanch. Valencia 2017, págs. 21 y 22.

²² Vid. STC de 17 de enero de 2005, citando STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. J. Primero.

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

Así, pues, cuando existe una controversia o una patología jurídica en los casos en que se planteen "*controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*" (art. 2.1. de la Ley de Arbitraje)²³, no sólo es posible proceder a la actuación del Ordenamiento Jurídico a través de la vertiente de la función jurisdiccional que llevan a cabo los órganos investidos de la potestad jurisdiccional estática y permanente, única e indivisible, denominados por la LOPJ, Juzgados y Tribunales y mediante unas normas, que, con el carácter de irrenunciables, se regulan en la LE Civil (art. 1), sino que también es posible que la actividad heterocompositiva de llevar a cabo la resolución jurídica pueda ser realizada a través de personas llamadas árbitros que, sin hallarse investidas de la potestad jurisdiccional constitucional en los términos del art. 2 de la LOPJ, pueden resolver aquéllas controversias, con arreglo a Derecho (art. 34.1. Ley de Arbitraje), decidiendo los árbitros, solo en Equidad si han sido autorizados por las partes, "*expresamente para ello*"²⁴.

El Arbitraje es, pues, un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, aunque cabe indicar que a pesar de que en la doctrina se discute que en sentido estricto no es una norma procesal, en general nadie niega su fuerte incidencia en

²³ En la actual Ley de Arbitraje de 2003, la patología jurídica que justifica el arbitraje se denomina "*controversia*", a diferencia de la L.A. de 1988 que aludía a ella como "*cuestión litigiosa*". Algunos autores (Lorca Navarrete) entienden que este término es más apropiado, en tanto cualquier controversia puede ser objeto de arbitraje, salvo que sea indisponible. Además ello permite dar cabida también dentro de la función arbitral no sólo a la resolución de un conflicto, sino a la de complementación e integración de una relación jurídica. En el mismo sentido de pronuncia CARAZO LIÉBANA, M^a. J. "Reflexiones sobre algunos aspectos constitucionales del Arbitraje", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIX, 2017, págs. 170-171. En contra de esta opinión, MONTERO AROCA, J. "Comentario Breve a la Ley de Arbitraje, Madrid, 1990, págs. 32-33; REGLERO CAMPOS "El Arbitraje (El Convenio Arbitral y las Causas de Nulidad de Laudo en la Ley 5 de diciembre de 1988)"; Madrid, 1991, págs. 141-146.

²⁴ Cfr. LORCA NAVARRETE, A. M^a. "Constitucionalidad del arbitraje (Ponente: SUSANA POLO GARCÍA). STS de Justicia de Madrid de 24/3/2015)", *Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje*, nº 55, 7 de Septiembre 2018. No obstante ello, y aunque la L.A. regula el arbitraje en equidad como excepcional, el Real Decreto 231/2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo establece que, si las partes nada acordases de forma expresa, regirá el arbitraje en Equidad (art. 25).

esta esfera en la medida en que regula una actividad sustitutiva de los órganos jurisdiccionales²⁵.

Nada impide, por lo tanto, la aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional ejercida por los Jueces y Tribunales, sin que ello implique una suplantación por los árbitros de los órganos judiciales del Estado²⁶. El propio TC configura el arbitraje como «*un equivalente jurisdiccional*» mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado²⁷.

La exclusividad jurisdiccional a que parece aludir el artículo 117.3 CE y 2 LOPJ no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto ante la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje, pues el derecho a dicha tutela «... *no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje*»²⁸.

El arbitraje llega exclusivamente «*hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor*»²⁹, y ese ámbito de libertad también tiene un respaldo constitucional, concretamente en el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada, fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad, y en el art. 38 que estatuye el principio de

²⁵ MERINO MERCHÁN, J. F. *El 'equivalente jurisdiccional' en el derecho público español*, Ed. CEPC, Madrid, 2002. págs. 30 y ss. ÍDEM, "Cuestiones de relevancia constitucional, parlamentaria y judicial en la nueva Ley de arbitraje (Ley 60/2003, 23 de diciembre)", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 10, Servicio de Publicaciones, Madrid, junio 2004, págs. 160 y ss. ha venido siendo tradicional.

²⁶ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E. *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002, pág. 83.

²⁷ Reconociendo «...que la institución arbitral es compatible con la Constitución..., los árbitros, al igual que los Jueces y Tribunales,...prestan también tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del artículo 24.1 CE, ya que su actividad –desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes– conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa» (STC 174/1995, de 23 de noviembre).

²⁸ STS de 9 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6899]. Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 92/1985 de 24 de julio; y 160/1991, de 18 de julio.

²⁹ ATC 259/1993, de 20 de julio.

libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Ambos preceptos son una manifestación del sincretismo de la Constitución de 1978, que al igual que reconoce la propiedad privada y la propiedad pública, admite la iniciativa privada en un marco de economía de mercado y también la iniciativa pública en la actividad económica, no ligadas por el principio de subsidiariedad sino por el de compatibilidad³⁰.

Pero al tiempo que el Estado concede un amplísimo margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje, impone unas exigencias que aseguren una mínimas garantías a los particulares que eligen esta vía en el sentido de que están amparados por los principios de igualdad, audiencia y contradicción³¹ y que las actuaciones arbitrales están sometidas a una estricta confidencialidad (art. 24 LA/2003)³².

Se observa, pues, que la propia Ley de Arbitraje regula de forma directa el principio de igualdad (apartado 1º), y el de confidencialidad (apartado 2º). En este sentido entendemos que el Legislador ha establecido la estructura constitucional mínima. En el mismo principio de igualdad se encuentran inmersos los principios de contradicción y audiencia (*“suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos”*)³³. El derecho fundamental del art. 24 de la CE conlleva, como una dimensión más de su contenido esencial, el derecho de las partes a no sufrir indefensión durante el proceso. Por tanto no puede sostenerse que la sumisión al arbitraje genere por sí mismo perjuicio o indefensión a las partes, al tratarse de un sistema legal y reconocido en Derecho y amparado constitucionalmente.

³⁰ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, vol. II, Madrid, 1991, págs. 1257-1270. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. “La propiedad privada: de cenicienta a derecho fundamental”, Revista General de Legislación Jurisprudencia, 2001, págs. 601-620.

³¹ Vid. SAP Palma de Mallorca de 12 de marzo de 1990, SAP Barcelona de 13 de marzo de 1992, SAP Madrid de 22 de septiembre de 1992, SAP Castellón de 19 de septiembre de 1996.

³² El artículo 24.1 LA (principios de igualdad, audiencia y contradicción) establece que «...deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos...». Este artículo es sustancialmente idéntico al artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial.

³³ Cfr. GARCIA PITA Y LASTRES “El artículo 24 de la Constitución y el Arbitraje”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 10, 2010, pág. 57. CARAZO LIÉBANA, M^a. J. “Reflexiones sobre algunos aspectos...”, op. cit., págs. 176-178.

El derecho a la tutela judicial efectiva, según reiterada Doctrina Jurisprudencial, se fundamenta, de un lado, en el principio de contradicción y, de otro, en el principio de igualdad de las partes en el proceso jurisdiccional.

Aplicado al procedimiento arbitral, el principio de Contradicción exige la audiencia de la parte frente a la que se dirige la demanda arbitral a fin de darle la oportunidad de hacer valer los medios de defensa oportunos (vid. Art. 30.2 y 3 LA).

Por lo que respecta al Principio de Confidencialidad característico del arbitraje, parece no encajar bien con el principio de publicidad como parte integrante de la garantía del debido proceso. Sin embargo, y pese a que, en efecto, al versar el arbitraje sobre controversia entre sujetos privados y respecto de derechos disponibles, la publicidad puede moderarse, pero no hasta el punto de hacerla secreta. Entre otros motivos porque el Laudo Arbitral tiene efecto de cosa juzgada, y por lo tanto, tiene efectos frente a terceros, por lo que la publicidad del mismo debe existir. Y además, porque aunque las actuaciones arbitrales no sean públicas, en el sentido de celebrarse en audiencia pública, se aplica lo establecido en el art. 234.2 LOPJ³⁴.

En cuanto al derecho a la prueba, la necesidad de actos alegatorios y probatorios en el procedimiento arbitral se deduce también del art. 24 LA, pues aunque existe libertad en cuanto a la forma de sustanciación del procedimiento, han de respetarse los principios mínimos que garantiza el art. 24 de la CE, pues no cabe arbitrariedad en el cumplimiento de aquellos.

Los principios de igualdad, audiencia y contradicción son de aplicación inmediata al arbitraje que, en su caso, serán tutelados por los órganos judiciales que conozcan de la acción de anulación del laudo, o por el propio Tribunal Constitucional, mediante la interposición del recurso de amparo, frente a la resolución de la Audiencia Provincial que desestime la acción de nulidad, cuando

³⁴ «Las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo tendrán derecho a obtener, en la forma dispuesta en las Leyes procesales y, en su caso, en la Ley 18/2011, de 5 de Julio reguladora del uso de las tecnologías de la información en la Administración de Justicia, copias simples de los escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados. También tendrán derecho a que se les expidan los testimonios y certificados en los casos y a través del cauce establecido en las leyes procesales».

en el arbitraje se hubiese efectivamente vulnerado el derecho fundamental al proceso debido³⁵.

De ahí que, la afirmación de algunos de que cuando las partes voluntariamente deciden que sea un árbitro y no un juez el que resuelva su controversia, se está haciendo dejación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no tiene justificación posible³⁶, pues cuando las partes deciden recurrir al arbitraje no están renunciando a ningún derecho fundamental, sino eligiendo, dentro de las posibilidades que la propia Constitución les da, un procedimiento y no otro, ambos revestidos de todas las garantías constitucionales ínsitas en el derecho a la tutela judicial efectiva, siendo una constante de la Doctrina Jurisprudencial del TC el trasladar las garantías constitucionales del proceso al arbitraje³⁷.

III. EL CONVENIO FUNDAMENTO DE LA JURISDICCION ARBITRAL

Nuestro Derecho configura el arbitraje como una institución de origen contractual pero con unos claros efectos procesales y jurisdiccionales al dotar al laudo en que concluye el procedimiento de los efectos de cosa juzgada. Esta es la posición mayoritaria de la Doctrina que aunque admite que el origen del arbitraje es siempre contractual, sin embargo su desarrollo es estrictamente jurisdiccional, al sustraer de la jurisdicción de los órganos judiciales el conocimiento de aquellas controversias que se encuentren afectadas por el convenio arbitral, como también apoya la Doctrina del TC.

³⁵ Cfr. CREMADES, B.M. “El Arbitraje en la Doctrina del Tribunal Constitucional”, Lima Arbitration, N° 1, 2006, págs. 185-220, especialmente págs. 185-187.

³⁶ Tal es la posición de LORCA NAVARRETE, A.M. “Tutela judicial Efectiva versus Tutela Arbitral Efectiva”, Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje, nº 104, Octubre 2019, pág. 1 al señalar que «el arbitraje se ubica al margen de la tutela judicial efectiva a que alude el art. 24 de la Constitución por cuatro razones esenciales. Primera, supone que cuando las partes acuden al arbitraje, han acordado y negociado actuar al margen de la tutela judicial del art. 24 CE. Segunda, las partes han negociado y acordado actuar al margen de del ámbito judicial, que regula el art. 24. Tercero porque las partes han negociado y acordado actuar al margen del ámbito de efectividad que tutela el art. 24 CE. Y, cuarto, porque el legislador ha deseado que lo resuelto por el árbitro en el Laudo produce efectos de cosa juzgada, aun cuando sea objeto de control judicial, ese efecto de cosa juzgada no puede ser atacado ni modificado por un control judicial que las partes ni acordaron ni negociaron».

³⁷ Vid. STC 43/1986.

La jurisdicción arbitral encuentra su fundamento en un negocio jurídico, el Convenio arbitral³⁸, dirigido a la liquidación de una relación jurídica controvertida, de modo que la voluntad de las partes, es la única fuente del arbitraje³⁹. La moderna doctrina constitucional ha consolidado al arbitraje en España como genuina expresión de la libertad contractual⁴⁰.

El convenio arbitral, piedra angular del arbitraje, que además delimita la potestad decisoria del árbitro, es un negocio jurídico por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica.

En él las partes pueden configurar libremente el procedimiento, lo que le distingue de la rigidez del proceso judicial, si bien es cierto que en la actualidad

³⁸ Sobre el Convenio Arbitral, entre la abundantísima Bibliografía, desde el punto de vista del Derecho Civil, puede consultarse, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *“La Cláusula Compromisoria en el Arbitraje Civil*, Madrid, Civitas, 1991. Vid., también, GARCÍA RUBIO, M^a. P. “El Convenio Arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, VOL. V, 1988-1989, págs.78-82. ARTUCH IRIBERRI, E. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997. VILLEGAS, E., “Convenio arbitral y rigidez formalista”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, nº 1, págs. 67-90. VIDAL RAMÍREZ, F. “El convenio arbitral”, *Derecho PUCP*, Vol. 56, 2003. CREMADES, B. M. “El Convenio Arbitral”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2003. IDEM, “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”, *Tratado de Derecho Arbitral*, SOTO COAGUILA, C.A. (Dir.), Edit., Colección de Estudios, 2011, Tomo I, págs. 659-675. HERRERA DE LAS HERAS, R. “La Autonomía de la voluntad en el Arbitraje y en la mediación....”, op. citada, págs. 175-193. CAMPO ESBRI MONTOLIU, M. A. *El convenio arbitral en el Derecho Español*. Tesis Doctoral. Universitat Jaume I, Valencia, 2015.

³⁹ Sobre la naturaleza contractual del arbitraje, Vid., entre otros, GONZÁLEZ MONTES, J.L. “La excepción de Compromiso”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1075, págs. 418-428. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “La naturaleza Jurídica del Arbitraje”, *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. Bosch, Barcelona, 1969. FONT SERRA, E. “La nueva configuración del Arbitraje en el Derecho Español”, *Justicia*, 1989 II, págs. 344-345. BARONA VILAR, S. “Introducción”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, BARONA VILAR (Dir.), Madrid, 2004, págs. 53-58. CORDÓN MORENO, F. *El Arbitraje de Derecho Privado (Estudios tras la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*. Edit. Aranzadi, Pamplona 2005, págs. 39-46. MALLANDRICH MIRET, N., “Los principios retores del arbitraje: manifestaciones y límites de la autonomía de la voluntad”, PICÓ I JUNOY, J. (Coord.), *Principios y Garantías Procesales*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2013.

⁴⁰ Vid. STS de 9 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6899). Cfr. SSTC 92/1985 de 24 de julio; y 160/1991, de 18 de julio. STC de 17 de enero de 2005, citando STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. J. Primero.

la tendencia se orienta el establecimiento de estándares más o menos globalizados, que son resultado de la propia practica arbitral y de la codificación en la materia (Reglas de la IBA en materia de pruebas, o de conflicto de intereses; Notas de la CNUDMI, sobre practica arbitral).

Configurado como un contrato, el convenio arbitral requiere consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral (art. 1.261 del Código Civil), así como el cumplimiento de determinados requisitos formales que la Ley establece⁴¹.

Tanto es así que la inexistencia del Convenio arbitral es causa de anulación del Laudo. Junto a ella, el artículo 41.1 a) se refiere a la invalidez del convenio arbitral. Aunque el convenio arbitral reúna los requisitos formales de todo negocio jurídico, no será válido si resulta contrario a una norma legal imperativa o de orden público, o cuando verse sobre una materia no arbitrable (artículo 2 LA), o traspase los límites de la autonomía privada (art. 1.255 LA), o esté viciado de causa ilícita (art. 1.275 C. Civil) o haya sido otorgado por representante que carezca del debido poder (arts. 1.713 y 1.259 C. Civil)⁴².

Si se considera el Convenio arbitral como una cláusula de *derogatio fori* se aplicarán las normas sobre derogación o prorrogación de competencia, olvidando la clarísima vertiente conflictual, que tiene su origen en el aspecto obligacional, no procesal, del convenio. No obstante, se puede esgrimir una diferencia fundamental entre los tipos de cláusulas que afectan a la competencia; mientras las de derogación o prorrogación de competencia transfieren la que podría tener

⁴¹ La LA establece en su art. 9.3 que «El Convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, Fax u otro medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo». En este sentido, la Ley española no hace sino recoger lo contenido en el art. II del Convenio de Nueva York que establece que los Estados contratantes reconocerán el acuerdo por escrito, indicando que existirá este, si así se dedujera de un canje de cartas o telegramas. La práctica además ha llevado a una flexibilización de este requisito, como así lo recoge la UNCITRAL en el planteamiento del problema, al concluir que la definición de forma escrita, tal y como figura en los Textos Internacionales (Convenio de Nueva York, Convenio de Ginebra, y la propia Ley Modelo UNCITRAL) no se adecua a las prácticas internacionales, por ser el requisito de la forma escrita excesivamente restrictivo.

⁴² CADALSO PALAU, J. «Comentario al Artículo 41 de la LA», Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.), op. cit., pág. 418.

un tribunal a otro, la de arbitraje «crea» esa competencia para un tribunal que, de no ser por ella no existiría⁴³.

Es por ello que no puede, por lo tanto, entenderse sólo como un mero contrato entre las partes, aunque formal y materialmente lo sea, ya que el Convenio arbitral constituye un negocio jurídico cuyos efectos implican la puesta en marcha de un proceso, a pesar de la eventual resistencia por una de las partes⁴⁴. El convenio arbitral genera la base procesal para eventuales medidas provisionales en garantía del cumplimiento final y efectivo de la sentencia arbitral, así como la imposición por los jueces en su caso, de la ejecución forzosa de lo establecido en el Laudo.

A diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior, el convenio arbitral puede hoy referirse a aquellas controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, pudiendo las partes delimitar en el convenio arbitral la categoría de controversias que van a someter a la decisión de los árbitros, sean o no de naturaleza contractual⁴⁵.

De esta manera, la nueva LA ha ampliado el campo de la arbitrabilidad, produciéndose una absorción de la materia inarbitrable en la arbitrable. La nueva Ley parte únicamente del criterio general de la libre disposición, reputando la Exposición de Motivos innecesario que dicha Ley contenga un elenco de materias

⁴³ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. "Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la Justicia", *Derecho Privado y Constitución*, Nº 19. Enero-Diciembre 2005, pág. 61. Vid. también, MERINO MERCHÁN, J.F./CHILLÓN MEDINA, J.M. "La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1989.

⁴⁴ Tanto es así que, sometida la cuestión a arbitraje no puede una de las partes rechazarlo, puesto que la competencia objetiva para resolver dicha controversia se atribuye exclusivamente a los árbitros, e impidiendo a los jueces conocer de las cuestiones contenidas en el Convenio Arbitral. Este efecto negativo del Convenio de excluir la intervención judicial ha sido recogido por diversos Instrumentos Internacionales, tales como el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional –Convenio de Ginebra de 1961– (artículo VI); y el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Resoluciones Arbitrales Extranjeras –Convenio de Nueva York de 1958– (artículo II). También el art. 11.1 y 2 de la L.A. española lo regula en estos términos, de tal forma que la interposición de la declinatoria para cuestionar la falta de competencia del árbitro no interrumpirá el proceso arbitral.

⁴⁵ El artículo 2.1 LA establece que «...son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho...», eliminando la exclusión del arbitraje, que sin embargo efectuaba la L. A 1988, de «...las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición».

de no libre disposición, considerando que «...*en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles...*», dejando a las disposiciones específicas de otros textos legales la exclusión de determinadas materias⁴⁶.

En general, la L.A. ha introducido una concepción abierta y flexible, omitiendo establecer una lista cerrada que agote el ámbito de aplicación del arbitraje. Nada impide ahora que determinadas controversias, como las societarias, tradicionalmente apartadas del arbitraje, puedan resolverse mediante arbitraje.

Así, pues, existe en la actualidad una tendencia expansiva del arbitraje que se refleja tanto en las decisiones jurisdiccionales de los tribunales arbitrales como en las diferentes normas reguladoras del arbitraje.

Tal ha sucedido, por ejemplo en materia de propiedad industrial, donde queda claro que podrá someterse a arbitraje tanto las cuestiones litigiosas derivadas de las consecuencias mercantiles entre las partes, como aquellas surgidas en relación con el procedimiento para el registro de una marca, aunque no las relativas a la inscripción registral de su titularidad⁴⁷ siempre y cuando el arbitraje verse sobre las prohibiciones relativas establecidas en la Ley de Marcas.

En materia de Derecho societario, aunque se ha cuestionado por un cierto sector de la Doctrina y de la jurisprudencia, la validez del sometimiento a arbitraje de cuestiones litigiosas surgidas entre una sociedad mercantil y los socios, o entre los socios, en relación con la constitución, modificación, desarrollo, cumplimiento o extinción de la sociedad o sus Estatutos, y en particular en materia de sociedades anónimas, así como en relación con la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de un determinado acuerdo social, es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que no existe obstáculo legal alguno para someter el derecho de separación de un socio a un arbitraje de equidad, si así lo establecen los estatutos sociales⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. PERALES VISCASILLAS, P. "Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario", Thomson/Aranzadi. 2005, pág. 133. También, CORDÓN MORENO, F., Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas, Edit. Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 164-166.

⁴⁷ Artículo 28 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

⁴⁸ Vid. sentencia del TC de 17 de enero de 2005, en el asunto *Metaliberica S.A.* Cfr. CREMADES, B.M. "El Arbitraje en la Doctrina...", op. cit., págs.192-194. En relación con la regulación actual

Mención aparte merece la cuestión relativa a la exigencia de la voluntad concurrente de las partes de sometimiento al Convenio arbitral, que es la norma general en el arbitraje ordinario, en los supuestos del llamado Arbitraje Obligatorio, en los supuestos de Arbitraje Estatutario y de Arbitraje en Conflictos Colectivos.

El supuesto del Arbitraje obligatorio venía representado por la regulación del Seguro de Defensa Jurídica, contenido en los arts. 76 a) a 76 g) de la Ley de Contrato de Seguro, tras su reforma por Ley 21/1990, de 19 de Diciembre, sobre *libertad de servicios en Seguros distintos al de vida, y de actualización de la Legislación de Seguros privados*⁴⁹, y que recogía una modalidad contractual diferenciada dentro de la ley de Contrato de Seguro (art. 76 a) LCS)⁵⁰. El artículo 76 e) añadió, como un rasgo característico del contrato de defensa jurídica, *“el derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir ente él y el asegurador*

del Arbitraje Societario, Vid., entre otros, MUÑOZ PLANAS, J.M./MUÑOZ PAREDES, J. M.^ª, “La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje”, *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Tomo II, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 2021-2029. GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en *Ibidem*, págs. 1971-1972. GARCÍA VILLARRUBIA, M., “¿Pueden someterse estatutariamente a arbitraje de equidad la resolución de conflictos societarios y, concretamente, la impugnación de acuerdos sociales?”, *El Derecho, Boletín de Mercantil*, nº 25, 2010. OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Art. 11 bis. Arbitraje estatutario”, en *Comentarios a la Ley de arbitraje*, BARONA VILAR, S. (Coord.), op. cit., págs. 688-691. RODRÍGUEZ ROBLERO, M^ª I., “El arbitraje societario en la nueva Ley de arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 37, julio-diciembre 2011. ARIZA COLMENAREJO, M^ª J. “La regulación del arbitraje estatutario”, en *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, DAMIÁN MORENO, J. (Director), Ed. La Ley, Madrid, 2011. MERINO MERCHÁN, J., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 2, monográfico sobre arbitraje y mediación, 2013, págs. 99-135.

⁴⁹ La reforma se justificó en la necesidad de adaptar el Derecho español en esta materia a la Directiva 88/357/CEE, de 22 de Junio de 1988, sobre *Libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados*. Al mismo tiempo también se traspuso la Directiva 87/344/CEE, sobre *Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al Seguro de Defensa Jurídica*, que fue posteriormente derogada por la Directiva 2009/138/CE, de 29 de Noviembre de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre *el Seguro de Vida, el acceso a la actividad de Seguro y Reaseguro y su ejercicio*.

⁵⁰ El art. 76 a) de la LCS establece que *«El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro»*.

sobre el contrato de seguro”, en consonancia con la Directiva 87/344/CEE citada⁵¹, base de la reforma de 1990, artículo que ha sido derogado, después de 20 años de vigencia, tras haber sido declarado inconstitucional por la STC 1/2018, de 11 de febrero, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En la mencionada Sentencia el TC entendió que el Legislador español, al trasponer la Directiva citada, extralimitó el sentido de aquella, puesto que tanto la Directiva 87/344/CEE, como la 2009/138/CE, lo único que hacían era fomentar el arbitraje como medio idóneo y eficaz para la resolución de controversias⁵², pero en modo alguno una solución impuesta a una de las partes del contrato –en este caso al asegurador– dada la necesaria voluntariedad y el concierto de las partes en orden a la sumisión al Convenio y al procedimiento arbitral.

Así, pues, el TC volvió a aplicar la Doctrina sentada en la STC 174/1995, que declaró inconstitucional el art. 38.2 de la Ley de 16/1987, de 30 de Julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, como contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, al imponer el arbitraje obligatorio en los conflictos surgidos al amparo de esa Ley, cuando la cuantía del procedimiento no superara los 3.000 euros⁵³.

En el supuesto del Arbitraje en Conflictos Colectivos, la solución ha sido distinta, toda vez que, en la mencionada Sentencia 1/2018, el TC entendió que (FJ Cuarto) que la sumisión a arbitraje de la cuestión litigiosa no sería contraria al derecho fundamental a la Tutela judicial efectiva, sólo por su unilateralidad, siempre que no se cierre el ulterior acceso al proceso jurisdiccional, para un pleno

⁵¹ El art. 6 de la citada Directiva, derogada por la actual Directiva 2009/138/CE, que lo recoge en su art. 203, el derecho del asegurado de acudir a cualquier instancia jurisdiccional o arbitral.

⁵² Tanto el art. 6 de la Directiva 87/344, como el art. 203 de la Directiva 2009/138, establecen que: «Los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la Empresa de seguros de defensa jurídica y el asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiere previsto el derecho nacional, a un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado a recurrir a tales procedimientos».

⁵³ Cfr. el excelente trabajo de GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. “Arbitraje Obligatorio y Tutela Judicial Efectiva: El Arbitraje no es un negocio Jurídico Unilateral”, Derecho y Proceso, Tomo II, Libro Homenaje a Francisco Ramos Méndez, CACHÓN CADENAS, M. /FRANCO ARIAS, J. (Coords.), Atelier Jurídico, Barcelona 2018, págs. 113-1136, especialmente págs. 1125-1130.

conocimiento del asunto, matiz importantísimo, y que deviene precisamente de la Sentencia 119/2014, de 16 de Julio, en el que se desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 82.3, párrafo octavo, del Estatuto de los Trabajadores, que establece, dentro del procedimiento de negociación colectiva, el compromiso de las partes de someter sus discrepancias a un arbitraje vinculante y obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órgano autonómico equivalente, en tanto que el control judicial respecto de lo resuelto por el Órgano administrativo, es más amplio en esos supuestos que en los de mera anulación del Laudo.

Esta solución, al decir de la Doctrina más autorizada, lo que hace es establecer un sistema de arbitraje Público Obligatorio, que, no constituye genuino arbitraje, al faltarle el elemento de la voluntariedad, pues a falta de acuerdo de las partes, el arbitraje opera de manera inmediata; y si bien pudiera salvarse, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial, al poder el órgano jurisdiccional tener un conocimiento pleno posterior, sin embargo no responde al arbitraje regulado en la Ley 60/2003, es decir, no es un medio alternativo de resolución de conflictos, sino un medio preprocesal de solución de los mismos (como la conciliación previa o la reclamación administrativa previa)⁵⁴.

IV. JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE, MÉTODOS COMPLEMENTARIOS: INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Tal y como hemos expresado, el arbitraje aparece como un sistema heterocompositivo, alternativo al proceso judicial, por el que las partes pueden someter una controversia, previo *convenio arbitral*, ante un tercero (personas o entidad diferentes de las que integran el Poder Judicial), a fin de que resuelva dicha controversia de manera definitiva y con carácter de cosa juzgada.

En este sentido, el sometimiento de un conflicto a arbitraje, supone excluir tal asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, quienes sólo excepcionalmente, por motivos preestablecidos, podrían decidir sobre la validez o nulidad del laudo.

⁵⁴ Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. "Arbitraje Obligatorio...", op. cit., págs. 1131-1134.

En este orden de ideas, salvo disposición distinta de la propia Ley de Arbitraje o pacto en contrario de las partes, al existir un convenio arbitral o durante el desarrollo de un proceso arbitral, ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que, de cualquier manera, impida el inicio del arbitraje o que lo suspenda. De hecho en la actual L.A. se percibe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje, hasta quedar reducida a aquellos supuestos tasados en la Ley⁵⁵.

Lo que se busca es consagrar el principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, principio que ha sido reconocido expresamente en muchos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ya citados.

Ahora bien, ello no implica desconocer que la actividad judicial resulta relevante para el arbitraje, en algunos aspectos⁵⁶.

La actividad de los árbitros comporta una serie de limitaciones que les impone su origen convencional, la falta de *autoritas* y el orden público, de tal manera que el juez interviene, o bien porque los árbitros carecen de *imperium* para una concreta actuación, bien porque las partes o los árbitros consideran oportuna su intervención.

En efecto, el arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial, ya que los jueces, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, y tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta.

Es por ello que, lejos de estar enfrentados, existe una relación de cooperación indispensable. Veamos los supuestos en los que se hace necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales ordinarios al ejercicio de la actividad arbitral.

⁵⁵ En la regulación del arbitraje español se observa una progresiva desjudicialización, que se pone de manifiesto al comparar la situación normativa actual con otras anteriores. Así, por ejemplo, la necesidad de fedatario judicial (secretario) en las actuaciones judiciales; la formalización judicial del contrato preliminar de arbitraje; la cesación del arbitraje defiriendo al juez estatal la resolución de la controversia en los casos de discordia; la fiscalización por el Tribunal Supremo a través del recurso de Casación de la legalidad material y procesal que se considerase infringida etc., han quedado derogadas en la Ley 60/2003.

⁵⁶ MALLANDRICH MIRET, N., "La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo", en *Diario la Ley*, nº 7903, 17 de julio de 2012, págs. 12 y ss.

1. La Intervención en la Designación y Remoción de Árbitro

El primer escenario en donde podemos observar la participación del juez nacional en el arbitraje es en la designación de los árbitros, cuando no haya acuerdo entre las partes para dicha elección⁵⁷.

Además especifica el Tribunal competente para prestar ese auxilio judicial⁵⁸, y el procedimiento adecuado para ello, que es el juicio verbal.

Designado judicialmente el árbitro o árbitros por el procedimiento adecuado, deberá este o estos comunicar su aceptación en el plazo previsto. En caso de no hacerlo, se entenderá que no aceptan el nombramiento, y habrá de procederse a nueva designación con arreglo a lo anteriormente indicado⁵⁹.

Ahora bien, en este trámite de auxilio judicial de designación de árbitro/os, la polémica doctrinal se suscita en relación al ámbito de conocimiento y control del órgano judicial; si se limita sólo a la designación, o puede extenderse a otras cuestiones.

En el Derecho arbitral español la solución es bastante clara, toda vez que la propia Ley prevé que, en este trámite de auxilio judicial, la intervención del órgano

⁵⁷ El art. 15.6 de la L.A. dice: «Si procede la designación de árbitros por el Tribunal, este confeccionará una lista con tres nombre por cada arbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo».

⁵⁸ El art. 8.1 LA: «Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección».

⁵⁹ RUIZ MORENO, J. M., "Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación", en GONZÁLEZ MONTES, J. L., "Estudios sobre el arbitraje: los temas claves", Madrid, La Ley (Wolters Kluwer), 2008, págs. 75-78.

judicial debe limitarse a la designación de árbitro/árbitros a falta de acuerdo de las partes, cooperando de esta forma al buen fin del arbitraje. Así, el juez solo podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un Convenio Arbitral, no pudiendo valorar la validez o eficacia del Convenio, ni la arbitrabilidad de la cuestión litigiosa, por entender que, de permitirse tal control, se ralentizaría la designación de los árbitros, como expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley⁶⁰.

Designado el árbitro y aceptado el cargo, pueden las partes pretender su remoción, o renunciar el propio árbitro (en los supuestos en que se vea impedido para ejercer sus funciones, o, por cualquier otro motivo, no las ejerza en un plazo razonable).

También aquí la intervención judicial se limita al caso en que las partes no estén de acuerdo con la remoción, o no hayan previsto convencionalmente un procedimiento en caso de desacuerdo, siendo distinto el procedimiento según el arbitraje lo sea de un solo o de varios árbitros. Si se pretende la remoción de un solo árbitro, la parte que la pretenda deberá solicitar el auxilio judicial, que decidirá sobre esta petición. Si el arbitraje fuera de tres o más árbitros, serán los demás árbitros los que decidan sobre la remoción instada, y sólo en los casos en que no haya acuerdo, procederá el auxilio judicial en los términos ya referidos.

Finalmente, en cuanto a la intervención judicial en los supuestos de falta de imparcialidad del árbitro⁶¹, si el árbitro recusado no renuncia espontáneamente, serán los mismos árbitros los que decidirán sobre su propia recusación, por el procedimiento acordado por las partes. Para el caso de que la decisión de los

⁶⁰ La doctrina se muestra dividida: algunos autores creen que no cabe otra interpretación que proceder al nombramiento, MONTÓN REDONDO, A., Comentario breve a la Ley de Arbitraje, (coord. MONTERO AROCA, J.), Madrid, ed. Civitas, 1990, págs. 220 y ss.; otros como CUCARELLA GALIANA, L.A., El procedimiento arbitral, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, pág. 94, SENÉS MOTILLA, C., La intervención judicial en el arbitraje, Madrid, ed. Civitas, 2007, pág. 53, GONZÁLEZ MONTES, J.L., La asistencia judicial al arbitraje, Madrid, Ed. Reus, 2009, pág. 30, admiten el control superficial del convenio. En lo que parece haber acuerdo es que por esta vía en ningún caso se debe entrar a valorar la arbitrabilidad de la materia.

⁶¹ El artículo 17 LA establece las causas de recusación de los árbitros –que son similares en casi todas las legislaciones–, y que establecen una causa general: «*que concurran en el árbitro circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia*», y una causa específica de la función arbitral: «*que no posea el árbitro las cualificaciones convenidas por las partes*».

árbitros sea contraria a la pretensión de recusación, la Ley Modelo UNCITRAL prevé la intervención judicial (art. 13), resolviendo el órgano judicial sobre la procedencia o no de la recusación, siendo su decisión inapelable. Sin embargo, la Ley de Arbitraje española (art. 18) se aparta en este punto de la Ley Modelo, pues no prevé intervención judicial alguna en la recusación de los árbitros, de tal forma que si concurre en algún árbitro causa de recusación y este no renuncia espontáneamente, serán los mismos árbitros los que decidirán sobre su propia recusación, siendo irrecurrible la decisión que adopten; de tal forma que si la recusación no fuere estimada, a la parte proponente solo le queda la posibilidad de volver a plantear la recusación, en el supuesto de ejercitar la eventual acción de anulación del laudo (art. 18.3 LA).

En los supuestos en que se hiciera necesaria la sustitución de los árbitros, por renuncia o recusación, entendemos que deberá procederse a nombrar árbitro sustituto por el mismo procedimiento previsto para la designación de árbitros⁶².

2. La Adopción de Medidas Cautelares

Uno de los temas más relevantes en el arbitraje es el tratamiento de las medidas cautelares dentro del proceso. Cada vez es más habitual que los tribunales estatales den más reconocimiento a las decisiones de los árbitros, referidas a remedios procesales. En este sentido, el arbitraje también viene incorporando figuras o procedimientos que refuerzan la jurisdicción cautelar.

Tal es el caso del árbitro de emergencia en el ámbito del Arbitraje Comercial Internacional⁶³.

⁶² Cfr., sobre el particular, TAPIA FERNÁNDEZ, I. "Arbitraje e Intervención Judicial", *Problemas actuales del Proceso Iberoamericano*; Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo I, Málaga, 2006, págs. 235-275, especialmente págs. 246-250.

⁶³ La figura del árbitro de emergencia se regula, en términos generales, en el artículo 29 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (RCCI) vigente desde el 1/1/ 2012. Sin embargo, tales disposiciones se complementan, en lo procedimental, con las Reglas de árbitro de emergencia, previstas en el Apéndice V del Reglamento CCI. Vid., sobre el particular, RIVERA, I. "El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento", GUZMÁN-BARRÓN, C.: (Dir.), *Revista de Arbitraje PUCP*. Año IV Nº 4, septiembre 2014, págs. 163-167. BORDACHAR URRUTIA, R. "Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia", *Derecho y Ciencias Sociales*, nº 13, 2015, págs. 71-91.

En ese contexto, las reformas de las legislaciones arbitrales, partiendo por las de la Ley Modelo en 2006, y las que le siguieron, incorporando estas modificaciones, han permitido dotar de un mayor grado de autonomía a los tribunales arbitrales para conocer y conceder medidas precautorias, sin depender tanto de la judicatura estatal.

En un arbitraje, sea éste doméstico o internacional, las partes pueden requerir también de la aplicación de medidas cautelares. La prohibición de celebrar actos o contratos o ejecutar garantías, secuestro, retención de bienes, obtención anticipada de pruebas, son cuestiones todas ellas relevantes y necesarias en uno y otro proceso.

No obstante, hay algunos factores diferenciadores en la ejecución de medidas cautelares en uno u otro proceso. Por ejemplo, los tribunales arbitrales carecen de autoridad y requerirán generalmente el auxilio de la justicia estatal para ejecutar la medida, en caso de oposición de la parte contra la cual se quiere hacer valer⁶⁴.

Asimismo, la ejecución de una medida cautelar en un Estado distinto de la sede en que se sigue el arbitraje, podrá enfrentarse a dilemas prácticos, puesto que en no pocos países no se acepta la ejecución y, menos aún, reconocer resoluciones de tribunales arbitrales extranjeros, que recaigan sobre medidas cautelares, ya que no son sentencias definitivas.

⁶⁴ No obstante, las legislaciones comparadas y diversos reglamentos institucionales, paulatinamente han incorporado la posibilidad de que sean los propios árbitros directamente y sin pasar por la jurisdicción ordinaria, quienes conozcan y resuelvan la solicitud de las partes de otorgarles medidas cautelares. Los avances han sido importantes. Por ejemplo, en 2006 se modificó la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional para dotar a los tribunales arbitrales de mayor autonomía frente a la concesión de medidas cautelares (La LM en su artículo 17.1, señala que «*siempre el tribunal arbitral, a petición de parte, podrá otorgar medidas cautelares, a menos que ellas mismas hayan excluido esta facultad*»). Las legislaciones estatales en materia de arbitraje, sobre todo las inspiradas en la mencionada Ley Modelo han seguido esta tendencia, eso sí, algunas con mayor audacia que otras. Un análisis somero del comportamiento legislativo comparado, permite afirmar que hay una tendencia a dotar de forma explícita de jurisdicción a los árbitros en materia de medidas cautelares. Tal es el caso del artículo 183 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza y el artículo 39 de la Ley de arbitraje inglesa. En el lado opuesto, el Código de procedimiento civil italiano, en su artículo 818 impide a los árbitros dictar medidas cautelares, reservando competencia exclusiva para tal fin a los tribunales estatales.

En el Derecho Español, la Ley de Arbitraje de 1953 no contemplaba la posibilidad de que los árbitros pudieran adoptar Medidas Cautelares, cuestión que la Doctrina justificaba en tanto suponen una injerencia en la libertad o el patrimonio del sujeto, por lo que el árbitro carente *imperium*, no podía adoptarlas. Tampoco la Ley de Arbitraje de 1988 regulo esta posibilidad mientras se sustanciaba un procedimiento arbitral. Sólo se regulaba la eventualidad de poderlas solicitar del Juez de Primera Instancia competente para la ejecución del laudo, en el supuesto de que se hubiera impugnado el laudo y mientras se sustanciaba el procedimiento de anulación. No obstante ello, la Doctrina era unánime sobre la conveniencia de que se pudieran adoptar medidas cautelares en el procedimiento arbitral, así como también la Jurisprudencia de los Tribunales en el mismo sentido⁶⁵.

Esta situación se modificó con la actual Ley de Arbitraje prevé (art. 23) la posibilidad de que el Tribunal arbitral pueda adoptar medidas cautelares.

El criterio asumido por la ley en el sentido de que las medidas cautelares adoptadas por los tribunales estatales son compatibles con el convenio arbitral viene a poner punto final a las inquietudes que se plantearon en la doctrina, al apuntar que la solicitud de tales medidas ante la jurisdicción estatal, antes del inicio de un procedimiento o durante su pendencia, implicaba una renuncia

⁶⁵ Vid. BARONA VILAR, S. "Reflexiones en torno a las medidas cautelares en el arbitraje", *Libro Homenaje al profesor Eduardo Font Serra*, Tomo I, págs. 740 y ss. ORTELLS RAMOS, M. . «Artículo 50», *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, MONTERO AROCA, J. (Director) Madrid, 1990, págs. 254-262. IDEM, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, BARONA VILAR, S. (Coord.), Madrid, 2004, págs. 220 y ss. ARANGUENA FANEGO, C. *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, GUILARTE GUTIERREZ (Dir.), Valladolid, 2004, págs. 415 y ss. SENES MOTTILLA, C. *La intervención judicial en el arbitraje: Thomson-Civitas-Cizur Menor*, Madrid, 2007. GONZÁLEZ LECUONA, M. M., "La potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 2, 2009 págs. 2287-2318. FORTEA GORBE, J. L., "El marco procesal de la tutela judicial cautelar en los procesos arbitrales. Novedades introducidas por la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Práctica de Tribunales*, nº 100 (Edit. Wolters Kluwer), Sección Tribuna Libre, Enero-Febrero 2013. BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en arbitraje*, 2014, págs. 241-276. BORDACHAR URRUTIA, R. "Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia", *Derecho y Ciencias Sociales*, nº 13, 2015, págs. 71-91. SÁNCHEZ POS, M. V. "Las Medidas Cautelares inaudita parte en el Sistema Arbitral Español" *Anales de Derecho*, Vol. 36, nº 1, pág. 1, 2018.

tácita al convenio arbitral. La nueva ley claramente dice que esto no es así (art. 11.3 LA)⁶⁶.

Suscrito un convenio arbitral, puede que antes de comenzar o iniciado ya el procedimiento arbitral una o varias partes crean conveniente solicitar la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad de la eventual sentencia arbitral estimatoria que se dictare en su día. Las medidas cautelares pueden, pues, servir para garantizar la eficacia del futuro laudo arbitral, pero además, para garantizar y asegurar los medios de prueba a presentar en su día ante el tribunal de arbitraje o en general para conseguir un mayor aseguramiento de los medios de prueba⁶⁷.

En definitiva, las disposiciones que establece la ley de Arbitraje para la tutela cautelar en el arbitraje es uno de sus grandes aciertos. Con este régimen se despejan muchas de las interrogantes que se formularon bajo la vigencia tanto de la Ley arbitral anterior como de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

3. La Acción de Anulación del Laudo Arbitral

La L. A. configura la institución arbitral como un mecanismo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes (STS de 15 de septiembre de 2008). Por ello la acción de anulación se configura como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros⁶⁸.

⁶⁶ Por consiguiente, del contenido del artículo 11.3 de la ley se deduce: a) el reconocimiento de que la solicitud de medidas cautelares ante un tribunal no supone renuncia tácita al arbitraje; b) la convivencia del convenio con la posible tutela cautelar y; c) que la tutela cautelar judicial se puede adoptar con anterioridad o durante la tramitación de las actuaciones arbitrales y después de dictado el laudo.

⁶⁷ ORDOÑO ARTÉS, C., "Asistencia judicial para la práctica de la prueba en la Ley de arbitraje" en GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, Madrid, La Ley (Wolters Kluwer), 2008, pág. 117.

⁶⁸ El «control judicial enderezado a verificar la conformidad o contrariedad del laudo con el orden público no debe confundirse con una segunda instancia ni con una tarea propiamente jurisdiccional de revisión de la valoración de la prueba efectuada por el arbitro» (SAP Barcelona de 30 de junio de 2009) y que debe evitarse que el empleo de esta causa de anulación se convierta en «una herramienta que se ofrece al tribunal para hacer viable, como causa de nulidad, la mera discrepancia con el ejercicio de valoración probatoria que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el arbitro por encargo de las partes, cuando la misma no sea absurda ni manifiestamente contraria a las reglas de la lógica» (SAP Barcelona de 11 de marzo de 2009).

Por esta razón uno de los problemas más serios que enfrenta en la actualidad a la institución arbitral es la reacción adversa de algunos particulares y de ciertos tribunales. En el primer caso se argumenta que siempre será mejor la decisión de un Juez predeterminado por la ley y sometido al principio de la doble instancia, que permite revisar por un Tribunal colegiado (la Audiencia Provincial) su mayor o menor acierto al resolver el problema de fondo sometido a su juicio. Dicho principio supone, según esta concepción, una garantía a que tiene derecho todo justiciable y que no puede sustituirse por un acción de anulación, basada en unas reducidas causales, que no permite examinar el fondo del asunto, es decir, que no habilita a comprobar si ha habido infracción de Ley o doctrina legal aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Se invoca así una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, derivada de la imposibilidad de someter a revisión judicial el fondo de la cuestión resuelta mediante laudo⁶⁹.

Ciertamente el mecanismo de anulación del laudo arbitral aparece configurado en la L.A. mediante una acción de carácter extraordinario, ya que las posibilidades de revisión por parte de Jueces y Tribunales se encuentran limitadas por el legislador, evitando así que el proceso de impugnación de la validez del laudo se convierta en una segunda instancia contra el laudo arbitral⁷⁰. Esto

⁶⁹ Vid., al respecto, STC de 17 de Enero de 2005 que viene a decir que «el cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea imputable de un modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles dichas garantías, pero trasladar estas con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del laudo... es algo que, en principio, resulta extraño a esta Jurisdicción».

La misma Sentencia en el Fundamento Jurídico Segundo añade que: «Con respecto al arbitraje, solo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevante, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo».

⁷⁰ Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado. Así lo establece el art. 8.5 de la LA. La Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la LRA, acomoda la LOPJ a las nuevas competencias del Tribunal Superior de Justicia añadiendo una nueva letra c) al apartado 1 del artículo 73: «De las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley, así como de las peticiones de exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal».

es, los motivos de anulación del laudo se encuentran tasados, no pudiendo el órgano jurisdiccional que conozca de la acción de anulación, revisar el fondo de la decisión de los árbitros, ni anular un laudo arbitral por causas no previstas expresamente por la L.A. De lo contrario, se vulneraría el efecto de cosa juzgada del laudo, constitucionalmente reconocido⁷¹.

Porque, en efecto, solo es susceptible de Recurso de amparo la vulneración de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución «... originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes»⁷².

Por lo tanto, el laudo arbitral, como acto que no emana de ningún poder público, no puede ser objeto de impugnación directa mediante amparo. Sólo cuando la vulneración de los derechos y libertades fundamentales sean atribuibles al órgano jurisdiccional que conoció de la acción de nulidad contra el laudo, podrá el Tribunal Constitucional enjuiciar un eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que quepa la revisión Judicial del Laudo Arbitral en vía amparo, que queda excluido en sí mismo del proceso de amparo constitucional.

Respecto de la cuestión de la revisión judicial del fondo del asunto, el artículo 41.1 f) L.A. establece precisamente como causa, al amparo de la cual puede ejercitarse la acción de anulación del laudo, que éste sea contrario al orden público. Sin embargo, la L.A. no otorga una definición de lo que constituye «orden público» que es, por su propia naturaleza, un concepto jurídico indeterminado. Por ello, el peligro de dotar a la noción de orden público de una excesiva amplitud ha venido siendo tradicionalmente advertido por la jurisprudencia y la doctrina⁷³.

⁷¹ Vid. Exposición de Motivos de la L.A, Apartado VIII. Y STC 288/1993, de 4 de octubre.

⁷² Artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁷³ Cfr. El análisis crítico que efectúan VÉLEZ FRAGA, M./ GÓMEZ-IGLESIAS, ROSÓN, L. “La Anulación de Laudos Arbitrales por Vulneración del Orden Público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, nº 43, 2016, págs. 85-89, respecto de alguna Jurisprudencia de dicho Tribunal, aplicando de forma exorbitante dicho concepto.

A partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1986⁷⁴, el concepto de orden público adquirió tintes netamente procesales, operando así, como causa de anulación del laudo, cuando los árbitros lo hayan dictado en un procedimiento que contravenga derechos fundamentales y libertades constitucionalmente reconocidos; y en particular, cuando el laudo haya sido dictado en un arbitraje viciado de indefensión para una de las partes, en contravención del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

El orden público ha adquirido un contenido procesal, que sustrae el procedimiento de anulación de la revisión de la decisión que sobre el fondo del asunto los árbitros han laudado. Sin embargo, junto a ese orden público procesal existe otro de carácter material, constituido por normas de *ius cogens*, que siempre deben ser aplicadas por el árbitro. Se trata de normas inderogables, de carácter imperativo, que el árbitro debe siempre aplicar cuando dicte un laudo en Derecho⁷⁵.

De esta manera el control ejercido por el juez irá más allá del mero control del orden público procesal, entrando a considerar cuestiones de fondo, incluyendo los mismos hechos que dieron lugar a la disputa objeto del arbitraje.

Por ello, en la actualidad, el examen por parte de los órganos jurisdiccionales, tanto en fase de ejecución como de anulación del laudo arbitral, de determinadas cuestiones de fondo que traigan a colación la vulneración del orden público, se configura como un mecanismo de control tendente a evitar el recurso al arbitraje como fraude procesal. De no ser así, bastaría un recurso a un procedimiento arbitral para evitar la aplicación de disposiciones básicas del ordenamiento jurídico⁷⁶.

⁷⁴ STC 43/1986 (Sala Primera), de 15 de abril.

⁷⁵ En el marco del Derecho de la competencia, el TJCE recordó a los jueces que un laudo que vulnere disposiciones de orden público comunitario deberá ser anulado.

⁷⁶ Cfr. CREMADES, B. M. "El Arbitraje en la Doctrina...", op. cit., págs. 214-215. Del mismo autor, "España estrena nueva Ley de arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. V, 1988-89, pág. 25. Vid. también, ALBALADEJO, M. "La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho; las normas debidas a aplicar", *RDP*, 1990, págs. 171-186; en contra MUÑOZ SABATÉ, L. "Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho", *La Ley*, 1990, págs. 982-984. CARAZO LIÉBANA, M^a J. "Reflexiones sobre algunos aspectos...", op. cit., págs. 182-185. MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, págs. 41 y ss.

4. La Ejecución del Laudo

En España la LA/1988 solamente ofreció la posibilidad de ejecución a los laudos «firmes», alejándose claramente de lo que acontecía con la ejecución provisional de las sentencias que se regulaba expresamente en los arts. 524-537 LEC. Y esta circunstancia fue uno de los factores que dispararon un inusitado recurso a las acciones de anulación pues el procedimiento podía dilatarse entre uno y cuatro años y así deferir en el tiempo el cumplimiento del laudo caso de que este no fuera anulado.

El ejercicio de la acción de anulación como táctica dilatoria no sólo desvirtuaba por completo una de las notas inherentes al arbitraje cual es la de la rapidez, sino que dejaba al laudo arbitral en una incomprensible situación de inferioridad respecto de las sentencias judiciales. Por eso debe celebrarse la corrección del sistema efectuada por la LA/2003 que dedica el art. 45 a regular la ejecución provisional del laudo mientras se sustancia el procedimiento de anulación⁷⁷, con el establecimiento de las garantías adecuadas para el ejecutado que podrá solicitar al tribunal «*la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo*»⁷⁸.

A diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales, cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen, a través de la

⁷⁷ La posibilidad de ejecución del laudo aun cuando contra esté se hubiera interpuesto acción de anulación (art. 45 LA), ha suscitado igualmente la cuestión de si la norma contempla una verdadera ejecución definitiva de la resolución arbitral, o si, por el contrario, debemos hablar de ejecución provisional del laudo, a la manera de la antigua LA 1953. La cuestión no está exenta de debate, teniendo en cuenta que la propia redacción de la LA guarda silencio respecto a la naturaleza de la ejecución del laudo impugnado.

⁷⁸ Cfr. CUCARELLA GALIANA, L.A. “*El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*”, Bolonia, 2004, págs. 275 y ss. LORCA NAVARRETE, A.M. “La ejecución del laudo arbitral en los supuestos en que se ha ejercitado acción de anulación ¿es definitiva o provisional?”, *Revista La Ley* nº 2, 2005, págs. 1705-1711. FRANCO ARIAS, J. “La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje 2003”, *Anuario de Justicia Alternativa*, nº. 5, 2004, págs. 177. MARCOS FRANCISCO, D. “Las nuevas reformas proyectadas en materia de anulación y ejecución del laudo arbitral”. *Diario La Ley* nº 7546, pág. 2, 2011. RIPOLL CARULLA, I. “La Suspensión de la Ejecución del laudo: Estudio del art. 45 LA”, *Poder Judicial*, nº 1, 2013, págs 373-406.

Ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los árbitros. Por ello, dado el origen voluntario del proceso arbitral que concluye con el laudo, éste debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, que han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia, sin embargo, no es menos cierto que a menudo debe acudirse a la ejecución forzosa del laudo.

Ahora bien, los árbitros carecen de *imperium*. Si bien tienen jurisdicción para sustanciar y decidir las causas que versan sobre las cuestiones sometidas a su consideración, no pueden utilizar la fuerza coercitiva del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones⁷⁹. Esta circunstancia constituye una limitación para aquellos casos en que es necesario utilizar la fuerza legal para imponer alguna decisión, y, en definitiva para hacer cumplir lo ordenado en el laudo arbitral que, una vez dictado, si no se cumple libre y voluntariamente por el obligado, puede ser ejecutado por el procedimiento ordinario de ejecución de las sentencias de condena regulados en los arts. 527 y ss. de la L. E. Civil⁸⁰.

Son los órganos judiciales quienes, por ministerio de la Ley, deben ejecutar lo acordado en el juicio arbitral cuyo valor es el de título de ejecución que lo equipara a una sentencia judicial. Por esta razón el art. 8.4º Ley 60/2003, de 23

⁷⁹ En los debates seguidos en el seno de las Naciones Unidas para la reforma de la Ley Modelo, se cuestionó la viabilidad de la ejecución forzosa de los árbitros. Sin embargo se señaló que, si bien las coordenadas de un sistema procesal de garantías, en el que las injerencias en la esfera jurídica de una persona o en su patrimonio, a la postre, deben necesariamente realizarse por el órgano jurisdiccional, esta situación resulta impensable. Cfr. BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Edit. Thomson Civitas, Navarra 2006, pág. 373.

⁸⁰ Sobre la ejecución del laudo, Vid. GONZÁLEZ SORIA, J. "La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral". *Cámara de Comercio e Industria de Madrid*, 1988. BARONA VILAR, S. "La ejecución del laudo arbitral", *Poder Judicial*, nº 21, 1991, págs. 9-30. GOÑI ETCHERVERS, J.L. "Eficacia y ejecución del laudo arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, nº 1994, 1994, págs. 57-70. SANCHEZ POS, Mª V., *El Control Judicial en la Ejecución del Laudo Arbitral*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2009. PARDO IRANZO, V. *La ejecución del laudo arbitral*. Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2010. ÍDEM, "Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 26, 2012, págs. 4 y ss. RIPOL, I., *La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2013. CABRERO LÓPEZ, J., "La ejecución del laudo arbitral", *Práctica de Tribunales* nº 107, Sección Tribuna Libre, Marzo-Abril 2014, págs. 4 y ss. HINOJOSA SEGOVIA, R. "Atribución al árbitro de la competencia para la ejecución del laudo arbitral y de las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento arbitral. El Juez de Garantías. Reformas legales necesarias", *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* nº 9, 2016, págs. 176-189.

de diciembre (LA/2003) establece que «*Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la LEC y, en su caso, el previsto en el art. 958 de la LEC de 1881*».

La labor de los árbitros carecería de eficacia material si no gozase de la referida ejecutoriedad que corresponde a la jurisdicción, en tanto carecen de la atribución de ejecución, pues la facultad de ejecutar corresponde a los órganos estatales, y no puede derivarse a los árbitros, ya que dicha atribución implicaría hacer uso de la fuerza coercitiva que emana del atributo de soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter de monopolio, como ya se ha puesto de relieve.

V. CONCLUSIONES

Es muy posible que si se plantea ante un juez que el arbitraje es un proceso, que supone una privatización de la justicia, o que un tribunal arbitral no es otra cosa que un tribunal, en el sentido estricto de la palabra, a dicho juez se le pueda suscitar la duda de si tal actividad invade el ámbito jurisdiccional que le es privativo y, por descontado, su contrariedad con a la Constitución⁸¹, en la medida en que ésta establece que, el «*ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*» (art. 117.3º CE). Podría considerarse que esta norma prohíbe tajantemente la existencia de tribunales establecidos para juzgar, a cambio de unos honorarios.

Para refutar este argumento debemos apresurarnos a señalar que la labor de los árbitros, cuyo resultado es directamente vinculante para las partes que se han sometido a ellos por mutuo acuerdo, no pretende suplantar en modo alguno el ámbito de actuación conferido a los órganos de la justicia estatal. De hecho el art. 39 LE Civil incluye la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje como un supuesto de falta de jurisdicción de los juzgados y tribunales y dicha labor

⁸¹ PÉREZ GORDO, A., «La inconstitucionalidad de las Leyes de arbitraje», *Estudios de Derecho procesal*, Zaragoza, 1981, págs. 405-420.

puede cumplirse de manera imparcial, independiente, inamovible, responsable y sometida al imperio de la Ley.

Durante bastante tiempo, en la mayoría de los Estados, pese a haber incorporado reglamentaciones favorables a la institución, existía una actitud de desconfianza hacia los MASC y, más concretamente respecto del arbitraje, como referente más próximo al proceso, determinada por un ambiente, tanto legislativo como judicial, de desconfianza hacia la institución que la LA/2003 ha desterrado⁸², colocándose a la cabeza de las legislaciones del mundo en la acogida hacia el arbitraje comercial, pero que ha estado muy presente a lo largo de la práctica española en el último medio siglo.

Estas reticencias, hoy en trance de extinción en la actitud de nuestros Tribunales de justicia como apuntan los más recientes precedentes de la jurisprudencia española, tenían detrás una consideración del arbitraje como una institución intrusa en el ámbito jurisdiccional. Ello contrastaba con dos postulados de base, que se suelen afirmar con rotundidad pero que pocas veces se cumplen: la potenciación del arbitraje, señaladamente en materias mercantiles, donde demuestra su utilidad como alternativa eficaz al procedimiento judicial y la asimilación de que el arbitraje no es una técnica que trate de quitar poder a la jurisdicción del Estado, sino que es alternativa a ella.

Así pues, no existe, o, al menos no debería existir, una contraposición o enfrentamiento entra ambas formas de solución de conflictos, en el ámbito que les

⁸² Dentro de la abundante bibliografía sobre la Ley 60/2003 *Vid.*, VERDERA Y TUELLS, E. "La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación", *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2005, págs. 59 y ss. También, CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO MERCHÁN, J.F., "Valoración crítica de la Nueva Ley de Arbitraje", *La Ley*, nº 5945, 2004. IDEM, *Tratado de Derecho Arbitral* (3ª edición), Thomson-Civitas, 2006. BARONA VILAR, S. (Coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), op. cit. HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Ed. Grupo Difusión, Barcelona, 2004. GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, 2004. MUNNÉ CATARINA, F., *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., (Director), *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, Lex Nova, Valladolid, 2004. CORDÓN MORENO, F. *El Arbitraje de Derecho Privado / Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, op. cit. ARIAS LOZANO D. (Coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra 2005. DE MARTÍN MUÑOZ/HIERRO ANIBARRO (Coords.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006. BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 2ª Edic., Editorial Civitas, Navarra, 2011.

es propio. Entendemos, muy al contrario, que son alternativas que, aunque se excluyen, en el sentido de que el sometimiento al arbitraje impide la iniciación del Proceso Civil y viceversa, son métodos complementarios.

La potestad jurisdiccional del árbitro no tiene el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los Juzgados y Tribunales, ya que frente a la del poder de los jueces de ejecutar lo juzgado, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el procedimiento, o para cumplir lo decidido en el Laudo⁸³.

Por lo tanto, Jueces y Tribunales desempeñan una función primordial en el éxito del arbitraje: en primer lugar, mediante el apoyo y control del arbitraje, configurado en el artículo 8.3 LA⁸⁴; y en segundo lugar, en el procedimiento de ejecución del Laudo arbitral, y el procedimiento de exequatur del laudo extranjero⁸⁵.

También el control judicial alcanza al procedimiento de impugnación del Laudo, cuando se de algunas de las causas señaladas en el art. 41 de la L.A.⁸⁶. El procedimiento está previsto en el art. 40 LA, en consonancia con lo establecido

⁸³ De este modo, la intervención judicial en el arbitraje, recogida en los arts. 7 y ss. de la L.A. se configura como un «...*corolario del denominado efecto negativo del convenio arbitral...*» limitándose dicha intervención «...*a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la Ley*».

⁸⁴ El artículo 8 de la L A recoge los diferentes funciones de los órganos jurisdiccionales en el apoyo y control del arbitraje, a saber: nombramiento judicial de árbitros; asistencia judicial en la práctica de pruebas; adopción judicial de medidas cautelares; ejecución forzosa del laudo; acción de anulación del laudo; y exequátur de laudos extranjeros.

⁸⁵ Vid., sobre el particular, CALVO CARAVACA, A.L. “La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del exequátur”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, págs. 131-136.

⁸⁶ El artículo 41.1 LA indica que el laudo podrá ser anulado, cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe alguno de los motivos establecidos en dicho artículo: a) Inexistencia o invalidez del convenio arbitral; b) Indefensión por falta de notificación de la designación de un árbitro o por no haber podido una de las partes hacer valer sus pretensiones; c) Incongruencia *extra petita* del laudo arbitral; d) Designación de los árbitros o tramitación del procedimiento arbitral en contra de lo acordado por las partes, siempre y cuando dicho acuerdo no vulnere alguna norma imperativa de la LA; e) Resolución por los árbitros de cuestiones no susceptibles de someterse a arbitraje; f) Vulneración del orden público.

en la LE Civil⁸⁷. Si bien es cierto que, en sede de control judicial del laudo, este solo podrá referirse a los presupuestos material es y las condiciones de forma que han dado origen al laudo arbitral, garantizando los principios esenciales que permiten obtener la tutela judicial efectiva⁸⁸.

Tampoco estará legitimado el árbitro para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (art. 177 del Tratado de la Comunidad Europea)⁸⁹, ni Cuestiones de Inconstitucionalidad ante el T. Constitucional, por estar el planteamiento de éstas reservadas a los órganos judiciales (art.163 CE).

En definitiva, que la colaboración entre el juez y el árbitro no pretende otra cosa que dotar de mayor eficacia a la solución de las controversias de índole patrimonial que son inherentes a las exigencias del comercio, tanto nacional como internacional⁹⁰.

Si los árbitros poseen la responsabilidad de resolver una controversia en justicia, los jueces deben prestar su apoyo controlando esta decisión dotándola de potestad ejecutiva. No debe existir, pues, confrontación ni superposición de ámbitos, sino ejercicio de los mismos derechos, dentro de un sistema de

⁸⁷ GOÑI, J.L. "La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, págs. 103-111. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. "La anulación del Laudo Arbitral. El Proceso Arbitral y su Impugnación", Comares, Granada, 1996. CUARTERO RUBIO, M^a V. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, págs. 29-37. MAYNÉS, M. "El derecho a la segunda instancia en el proceso arbitral y la imposibilidad de revisar el laudo en cuanto al fondo del asunto", *Actualidad Civil*, 2001, marginal 303 XII. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L. "La acción de anulación del laudo en el proceso Español de arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de Diciembre)". *Estudios sobre el Arbitraje: Los temas claves*, 2008. FORTÚN GERMÁN, A. y ÁLVAREZ GARCILLÁN, G., "La impugnación de laudos arbitrales" en *Economist & Jurist*, junio de 2013, pág. 3.

⁸⁸ Cfr. HERRERA TAGUA, J., en LORCA NAVARRETE, A. M^a., *Comentario*, en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Edit. id, 2014. y Alternativa.busac en ocasionesvez el arbitro posee mas competencias di de pruerba 1, 2010, §438, págs. 141-144.

⁸⁹ Sentencia de 23 de marzo de 1982, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (caso *Nordsee*). Vid., sobre el particular, BLANCO-MORALES, P. "El arbitraje privado y el recurso prejudicial del art. 177 del Tratado CEE", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, págs. 123-129.

⁹⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. «La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n^o 15, 2004, págs. 17-49.

garantías constitucionales. Es este el sentido con el que debe interpretarse la compatibilidad técnica entre ambas instituciones.

De hecho los MASC se inscriben plenamente en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia desempeñando un cometido complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo, las técnicas aplicadas en los MASC se suelen acomodar mejor al carácter de ciertos litigios y ello por permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales⁹¹.

No obstante, el tema no es ni mucho menos pacífico, toda vez que en la actualidad muchos hablan de una privatización de la justicia, una de cuyas manifestaciones sería la expansión de los MASC, especialmente el Arbitraje. Tal consideración puede considerarse, en primera instancia, negativa a la verdadera naturaleza de los MASC en la medida en que la misma, busca en ocasiones, más la descongestión judicial que la resolución pacífica del conflicto, lo que supondría descargar la responsabilidad de la jurisdicción sobre una vía que debe entenderse únicamente complementaria y no principal, habida cuenta que la correcta prestación del servicio de justicia constituye una responsabilidad del Estado⁹².

⁹¹ Cfr. BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*, Valencia, 1999, págs. 172 ss. IDEM, "Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia", en AA.VV.: BARONA VILAR, S., *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pág. 39.

⁹² Sobre el particular, BORDALÍ, A. *Justicia Privada. Revista de Derecho*, XVI, 2004, págs. 165-186. FARROW T. *Civil Justice, Privatization, and Democracy*. University of Toronto Press, 2014. BONET J. *Justicia de Paz y Alternativa*, Edit. Dyckinson, Madrid, 2014.

DIFICULTADES Y DENEGACIONES REITERADAS EN LA EJECUCIÓN DE ÓRDENES DE DETENCIÓN EUROPEAS. ADMINISTRAR JUSTICIA EN EL CASO PROCÉS¹

Alejandro Hernández López
Profesor de Derecho Procesal (Universidad de Valladolid)

I. INTRODUCCIÓN

Los eventos acaecidos en Cataluña en otoño de 2017 con motivo de la celebración del referéndum de autodeterminación del 1 de octubre han provocado la instrucción y enjuiciamiento de la que es sin duda una de las causas más trascendentales en la historia democrática española. Los eventos previos a la celebración del referéndum, celebrado a pesar de haber sido suspendido cautelarmente² y posteriormente declarado inconstitucional³, junto con la subsiguiente aparición de declaración de independencia proclamada el 10 de octubre en el parlamento regional catalán, desembocaron en la incoación de diferentes procesos penales contra los responsables de aquellos acontecimientos, el principal de ellos ante el Tribunal Supremo⁴.

Durante la fase de instrucción, algunos de los principales responsables, entre ellos, el propio expresidente de la *Generalitat* de Cataluña, Carles Puigdemont, se establecieron en otros Estados de la UE con el fin de eludir la acción de la

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco de los proyectos de investigación “Garantías procesales de investigados y acusados: la necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito UE” (MINECO, ref. DER 2016-78096-P) y “Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio” (JCYL, ref. VA135G18).

² *Cfr.* providencia del TC de 7 de septiembre de 2017, BOE n.º 216 de 8 de septiembre de 2017.

³ *Cfr.* STC 114/2017, de 17 de octubre, ES:TC:2017:114.

⁴ Causa especial n.º 20907/2017.

justicia española. Esta circunstancia provocó la emisión de diferentes Órdenes de Detención Europeas (ODE) para reclamar su entrega. Sin embargo, todas las ODE emitidas por las autoridades españolas en fase de instrucción han sido rechazadas, o su ejecución ha sido condicionada gravemente por las autoridades nacionales de los Estados miembros requeridos, imposibilitando el ejercicio de la jurisdicción española respecto de los sujetos huidos.

La presente aportación pretende analizar sucintamente los motivos que fundamentaron la no ejecución o condicionamiento de estas ODE en cada Estado miembro, así como las soluciones adoptadas por las autoridades nacionales españolas conforme a estas denegaciones y dificultades. Finalmente, se examinarán las perspectivas que existen actualmente sobre esta cuestión, y se propondrán posibles soluciones, desde el punto de vista del Derecho de la UE y de la nueva jurisprudencia del TJUE, que el Tribunal Supremo podría explorar en el futuro para conseguir la entrega de estas personas.

II. ANTECEDENTES: EL LABERINTO COMPETENCIAL DEL CASO PROCÉS

La competencia para instruir y enjuiciar el caso *procés* ha sido una de las primeras cuestiones conflictivas suscitadas en el presente asunto. En primer lugar, el juzgado de instrucción n.º 13 de Barcelona incoó diligencias previas, declaradas secretas, en las que ordenó la entrada y registro en determinados locales en septiembre de 2017 en relación con la preparación del referéndum del 1-O. Posteriormente, el Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de la Audiencia Nacional se arrogó la competencia para instruir el proceso, tras una interpretación extensiva de lo dispuesto en el art. 65.1 a) LOPJ sobre la competencia de la Audiencia Nacional respecto a delitos que atentan contra la forma de gobierno⁵. Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo declaró su propia competencia para instruir el proceso respecto a determinados investigados que ostentaban la condición de aforados autonómicos⁶ y, posteriormente, en aplicación de las reglas

⁵ Cfr. AAN 905/2017, de 27 de septiembre de 2017, ES:AN:2017:905A, FJ 3º, interpretación respaldada por la Sala de Apelaciones de la AN (cfr. SAN 2452/2019, de 2 de julio de 2019, ES:AN:2019:2452).

⁶ Cfr. ATS 10229/2017, de 31 de octubre de 2017, ES:TS:2017:10229A.

de conexidad del art. 17 LECrim, terminó declarando su propia competencia sobre el resto de los acusados exmiembros del *Govern*⁷ que, hasta ese momento, estaban siendo investigados por la Audiencia Nacional. La Audiencia Nacional ha mantenido finalmente la competencia para la instrucción y enjuiciamiento del resto de acusados no aforados por los delitos de sedición y rebelión, incluida la cúpula de la policía autonómica catalana.

Por lo tanto, la instrucción y el enjuiciamiento de los hechos ha sido finalmente particionada en diferentes causas: la principal contra los miembros del ex *govern* y los líderes de ANC y Òmnium cultural, ante el Tribunal Supremo y que actualmente se encuentra vista para sentencia⁸; la instrucción y enjuiciamiento de altos cargos policiales y de la consejería de interior catalana no aforados, seguida ante la Audiencia Nacional; el resto de responsables aforados acusados solo por delito de desobediencia, serán finalmente enjuiciados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Dicho lo anterior, la presente aportación se centrará en la situación de la causa enjuiciada por el Tribunal Supremo y, concretamente, en las denegaciones en la ejecución de las ODE experimentadas durante la fase de instrucción.

III. LA EMISIÓN DE ODE EN LA INSTRUCCIÓN DEL CASO PROCÉS

1. El origen: Las ODE dictadas por el Juzgado Central de Instrucción n.º 3

Como se ha indicado anteriormente, la instrucción de la causa principal relacionada con el *procés* se inició en el juzgado de instrucción n.º 13 de Barcelona y, posteriormente, en el JCI n.º 3 de la Audiencia Nacional. La magistrada

⁷ Cfr. ATS 12057/2017, de 24 de noviembre de 2017, ES:TS:2017:12057A. La competencia del Tribunal Supremo para instruir y enjuiciar la causa principal ha sido reiteradamente discutida por los ahora acusados. Esto incluye el planteamiento como artículo de previo pronunciamiento del art. 666 1º LECrim, que fue estimado en parte por la Sala Segunda del TS respecto de algunos de los acusados (para aquellos que estaban solo acusados de desobediencia, nuevamente aplicando las reglas de conexidad y por razones de utilidad), rechazando en cambio la declinatoria de jurisdicción planteada por el resto de los acusados que estaban también acusados por los delitos de rebelión y sedición (Cfr. ATS 13594/2018, de 27 de diciembre de 2018, ES:TS:2018:13594A).

⁸ En el momento en el que se redactó este trabajo aún no se había dictado sentencia en este asunto. No obstante, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado finalmente su sentencia el 14 de octubre de 2019, cfr. STS 459/2019, de 14 de octubre de 2019.

instructora de este último órgano fue la primera en dictar orden de detención nacional contra las personas huidas en Bélgica, a petición de la fiscalía, emitiendo a su vez las correspondientes ODE para reclamar su entrega a España⁹. Con motivo de estas ODE, la fiscalía belga ordenó entonces la detención del Sr. Puigdemont y de los otros cuatro exconsejeros huidos en Bélgica, quienes se entregaron voluntariamente a las autoridades policiales belgas y fueron puestos a disposición del juez de instrucción competente. El juez belga decidió su puesta en libertad junto con la imposición de medidas cautelares.

Durante la tramitación del procedimiento de la ODE, las reticencias de las autoridades judiciales belgas en relación con la entrega no tardaron en manifestarse. A las ya de por sí serias dudas sobre el cumplimiento del principio de doble incriminación (motivo de denegación facultativo de la ODE) respecto del delito de rebelión a la luz del derecho penal sustantivo de Bélgica, las autoridades de este Estado miembro llegaron a solicitar a las autoridades nacionales españolas información sobre la situación de nuestras cárceles, solicitud a todas luces improcedente y que recordaba a la situación generada por la STJUE *Aranyosi y Căldăraru*¹⁰. Además, el historial de cooperación judicial penal con Bélgica no estaba exento de polémicas, pues ya se había utilizado una vía similar para la denegación de la entrega de terroristas de ETA por la apreciación de un supuesto riesgo de tortura y tratos degradantes.

Una vez el Tribunal Supremo asumió la competencia para instruir y enjuiciar también a las personas objeto de estas primeras ODE emitidas por la Audiencia Nacional¹¹, el procedimiento sustanciado en Bélgica fue archivado abruptamente por la decisión del magistrado instructor del TS de retirarlas¹². La decisión del

⁹ Cfr. AAN 1115/2017, de 3 de noviembre de 2017, ES:AN:2017:1115A.

¹⁰ Cfr. STJUE *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15, de 5 de abril de 2016, EU:C:2016:198.

¹¹ Cfr. ATS 12057/2017, de 24 de noviembre de 2017, ES:TS:3017:12057A.

¹² Cfr. ATS 11209/2017, de 5 de diciembre de 2017, ES:TS:2017:11325A. Aunque, tal y como argumenta el magistrado instructor en el FJ 3º del Auto, la posibilidad de retirar una ODE no aparece contemplada expresamente en la Decisión Marco, el art. 11 de la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea sí permite la retirada de cualquier instrumento de reconocimiento mutuo. No obstante, considero que la argumentación correcta sobre esta cuestión no debía haberse fundamentado exclusivamente en la ley nacional española, sino que hubiese sido conveniente citar el manual práctico de la ODE publicado por la Comisión, que sí prevé específicamente esta posibilidad (*vid.* apartado 10.3 del citado manual).

magistrado español estuvo presuntamente motivada por el temor de un rechazo de la autoridad belga a la entrega de las personas investigadas por los delitos de sedición y rebelión en una fase tan prematura de la instrucción. No obstante, una vez dictado auto de procesamiento¹³, el magistrado instructor decidió reactivar las ODE contra todos los ahora procesados que continuaban huidos de la acción de la justicia española¹⁴.

2. Bélgica y la no ejecución de las ODE

Transmitidas las nuevas ODE a Bélgica, lugar donde más notoria que presuntamente se encontraban la mayor parte de los procesados prófugos, las autoridades de este país procedieron de nuevo a la detención de las personas requeridas por la justicia española, e iniciaron el correspondiente procedimiento de decisión sobre la ODE.

Aunque durante su tramitación la fiscalía belga se mostró a favor de la entrega a España, la autoridad judicial competente para la decisión sobre la entrega en Bélgica decidió no obstante no consentir la entrega de los reclamados. La última denegación de las ODE españolas se fundamentó en la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo en la STJUE *Bob-Dogi*¹⁵. Conforme a esta decisión del TJUE, es requisito indispensable para la válida emisión de una ODE que exista previamente una orden de detención nacional, requisito formal requerido en aplicación del art. 8.1 c) de la Decisión Marco de la ODE¹⁶. Ahora bien, antes de rechazar la entrega por este motivo, la autoridad de ejecución debe requerir a la autoridad de emisión la aportación de información complementaria que permita verificar si la omisión es fruto de un error material o, por el contrario, se debe a un simple error formal de la solicitud.

Partiendo de la doctrina extraída de esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo, la autoridad de ejecución belga requirió a la autoridad nacional española

¹³ Cfr. ATS de 21 de marzo de 2018 en la causa especial n.º 20907/2017.

¹⁴ Cfr. ATS de 23 de marzo de 2018 en la causa especial n.º 20907/2017.

¹⁵ STJUE *Bob-Dogi*, C-241/15, de 1 de junio de 2016, EU:C:2016:385.

¹⁶ Versión consolidada de la Decisión Marco 2002/584/JAI: del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18 de julio de 2002).

que aportase dicha información complementaria a efectos de verificar si existía o no una orden de detención nacional. A pesar de los esfuerzos que el magistrado instructor español invirtió en justificar a sus homólogos belgas que el auto de procesamiento confirmaba las órdenes de detención nacional ya dictadas contra las personas requeridas en noviembre de 2017, cuando el procedimiento aún estaba siendo instruido por el JCI n.º 3 de la AN¹⁷, y que sus efectos jurídicos colmaban sobradamente el requisito, a los efectos del art. 8.1 c) de la Decisión Marco de la ODE, de que existiera previamente en el Estado de emisión una resolución ejecutiva equiparable a una orden de detención, la autoridad de ejecución belga terminó rechazando la entrega por entender que la autoridad española requirente no había acreditado la existencia de una orden de detención a nivel nacional.

Esta interpretación *ultra vires* del requisito formal del art. 8.1 c) de la Decisión Marco de la ODE, claramente contraria a los principios de reconocimiento mutuo y de cooperación leal entre Estados miembros, sirvió como motivo principal al Tribunal belga para rechazar la ODE sin entrar a valorar la cuestión de fondo.

3. Alemania y el problema de la doble incriminación

Al contrario de lo que sucedía en el caso belga, en el caso alemán, la ODE estaba dirigida solo contra el expresidente de la *Generalitat*, Carles Puigdemont, que fue interceptado por la policía alemana en colaboración con la policía española cuando regresaba circunstancialmente a Bélgica tras dar una conferencia en la Universidad de Helsinki¹⁸.

En el caso de este Estado miembro, las expectativas de entrega eran mucho más altas, habida cuenta de las excelentes relaciones de cooperación policial y judicial que, tradicionalmente, mantienen las autoridades españolas y alemanas. Además, desde el punto de vista del derecho sustantivo, el código penal alemán parecía contemplar, *a priori*, tipos más "similares" a los delitos de sedición y rebelión mantenidos en España, por lo que la posibilidad de que la entrega por

¹⁷ V.g. *cf.* AAN 1115/2017, de 3 de noviembre de 2017, *cit.*; AAN 1326/2017, de 3 de noviembre de 2017, ES:AN:2017:1326A.

¹⁸ Dicha operación causó la apertura y posterior archivo de un proceso penal en Bélgica, recientemente reabierto por el Tribunal de apelación de Bruselas, por la posible colocación irregular de una baliza en el coche en el que estaba siendo trasladado el Sr. Puigdemont.

estos delitos fuese rechazada en aplicación del principio de doble incriminación, situación que parecía darse por hecho en Bélgica si hubiese entrado a decidir sobre el fondo, parecía mucho más improbable en el caso alemán. En especial, se pensó en el delito de alta traición (*Hochverrat*) contra el Estado federal del § 81 StGB como posible tipo “asimilable” a la rebelión en España.

Los hechos pronto echaron por tierra las grandes expectativas depositadas en la respuesta de la justicia alemana. A pesar de la postura de la fiscalía alemana del *land* de Schleswig-Holstein, favorable en todo momento a la entrega por todos los delitos recogidos en la ODE española, y de la constante coordinación entre las fiscalías germana y española, en colaboración con Eurojust¹⁹, para tratar de conseguir la entrega del sujeto reclamado, el Tribunal regional alemán rechazó sistemáticamente la entrega por los delitos más graves (rebelión y sedición) durante todo el procedimiento de decisión sobre la entrega.

En su primera resolución²⁰, el *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* rechazó de manera preliminar la existencia de violencia lo suficientemente intensa en los hechos descritos en la ODE como para integrar el delito de alta traición desde la perspectiva del derecho penal alemán, por lo que entendía que el principio de doble incriminación no se veía cumplido. En su segunda resolución²¹, volvió a rechazar el cumplimiento del principio de doble incriminación respecto de los delitos más graves, entendiendo entonces que la violencia del 1-O no podía atribuirse personalmente a la persona requerida²². Finalmente, en

¹⁹ Tras las primera resolución preliminar, contraria a la entrega del Sr. Puigdemont por los delitos más graves, se celebró una reunión entre fiscales españoles y alemanes en abril de 2018 en la sede de Eurojust en La Haya para coordinar la estrategia a seguir en el procedimiento de entrega mantenido en Alemania. El contenido de dicha reunión no ha trascendido a la opinión pública.

²⁰ Cfr. Resolución del *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* de 5 de abril de 2018, en el procedimiento de referencia 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), DE:OLGSH:2018:0405.1AUSL.A18.18.20.1.00.

²¹ Cfr. Resolución del *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* de 22 de mayo de 2018, procedimiento de referencia 1 Ausl (A) 18/18 (20/18).

²² Entiende JAVATO MARTÍN que ambas resoluciones del *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* son contradictorias entre sí, puesto que en la primera el tribunal alemán sí parece atribuir la violencia al Sr. Puigdemont, a pesar de que la considerase insuficiente para integrar el tipo. Vid. JAVATO MARTÍN, Antonio M^a, “La entrega de Puigdemont por el delito de quebrantamiento de la paz pública (§ 125 Código Penal alemán)”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán y MUÑOZ DE MORALES, Marta, *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*, Cuenca: ediciones de la universidad de Castilla-La Mancha, 2018, p. 67.

su resolución de 12 de julio de 2018²³, el *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* mantuvo el rechazo de la entrega por los delitos de rebelión y sedición en aplicación del motivo de denegación facultativo fundamentado en la aplicación del principio de doble incriminación del art. 2.4 en relación con el art. 4.1 de la Decisión Marco de la ODE. Dicho precepto permite, para aquellos delitos que no figuran entre la lista de delitos que motivan la entrega automática del art. 2.2, supeditar la entrega del reclamado a la comprobación de que los hechos que justifican la ODE sean también constitutivos de delito en el Estado miembro de ejecución. No obstante, sí que aceptó la entrega del expresidente Puigdemont por el delito de malversación del que también estaba acusado.

En efecto, el Tribunal alemán realizó una interpretación estricta del principio de doble incriminación²⁴, similar a la utilizada, en la práctica, en los procedimientos clásicos de extradición, llegando a la conclusión de que los hechos descritos en la ODE relativos a los delitos de sedición y rebelión por los que se solicitaba la entrega del expresidente de la *Generalitat* no permitían concluir que existiese un grado de violencia suficiente como el requerido en el delito de alta traición del § 81 del código penal alemán, ni que esta violencia pudiera atribuírsele directamente a él. En definitiva, el Tribunal alemán realizó, a partir de la información proporcionada por el magistrado español en su solicitud, una valoración sobre el fondo del asunto y sobre la participación del requerido en los hechos que, a mi juicio, no estaba en posición de emprender ni le correspondía realizar.

4. Reino Unido y el incumplimiento de plazos

A pesar de su menor incidencia mediática, la situación de la exconsejera Clara Posantí, también procesada, no puede considerarse exenta de problemas. Esta persona decidió refugiarse en Escocia, donde ejerce como profesora universitaria y, ante la noticia de la emisión de una ODE contra ella, la requerida optó por entregarse a la policía, siendo inmediatamente puesta en libertad junto con la retirada de su pasaporte.

²³ Resolución del *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* de 12 de julio de 2018, procedimiento de referencia 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), DE:OLGSH:2018:0712.1AUSL.A18.18.20.1.00.

²⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “Doble incriminación a examen, Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2019.

En este caso no puede hablarse de una denegación de la ejecución, puesto que la autoridad escocesa competente para decidir sobre el asunto ni siquiera llegó a emitir una decisión al respecto. Teniendo en cuenta que la ODE se dictó y transmitió el 23 de marzo de 2018, y que la exconsejera se entregó el 28 de ese mismo mes, podemos afirmar que se incumplieron los plazos previstos en el art. 17 de la Decisión Marco de la ODE, lo que no obstante no eximía a la autoridad de ejecución de pronunciarse sobre el asunto conforme a la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Lanigan*²⁵. Bien es cierto que se llegó a fijar una fecha a finales de julio de 2018 para iniciar el procedimiento de entrega, y que la fiscalía escocesa, en principio, se había mostrado favorable a la entrega, pero la retirada de la ODE por parte del magistrado español, que trataremos a continuación, terminó por dejar sin efecto este señalamiento.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO: LA RELEVANCIA DE LA SENTENCIA AY PARA EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

1. La retirada de las ODE como respuesta del Tribunal Supremo

La falta de cooperación de las autoridades nacionales de los Estados miembros requeridos dejó al magistrado instructor ante una difícil situación, en especial, tras la decisión alemana que aceptaba la entrega de manera condicionada.

La decisión alemana, sumado a los reveses sufridos en el resto de Estados miembros, provocó que el instructor de la causa en España rechazase la entrega por malversación y retirase las ODE contra el Sr. Puigdemont y el resto de reclamados, al entender que “el Tribunal Supremo español, como órgano judicial de emisión de la euroorden, no puede dirigirse al TJUE para plantear una cuestión prejudicial que intente suplir o colmar el déficit de colaboración padecido”²⁶. El magistrado español consideró que le correspondía al Tribunal alemán en exclusiva el planteamiento de las cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del art. 2.4 *in fine* de la Decisión Marco 2002/584/JAI y que, además, este órgano estaba obligado a ello en virtud del art. 267 párrafo tercero TFUE, pues la decisión del Tribunal alemán no era susceptible de ulterior recurso, y la fiscalía alemana

²⁵ Cfr. STJUE *Lanigan*, C-237/15 PPU, de 16 de julio de 2015, EU:C:2015:474.

²⁶ Cfr. ATS 8477/2018, de 19 de julio de 2018, ES:TS:2018:8477A.

había mantenido un criterio contrario al del Tribunal, solicitando reiteradamente la entrega a España por ambos delitos. Uno de los argumentos que utilizó el magistrado del Supremo para reforzar su postura se basaba en la opinión del Abogado General en el asunto *AY*, que recomendó al Tribunal que se declarase incompetente para pronunciarse sobre todas las cuestiones de interpretación de motivos de denegación solicitadas por un Estado de emisión²⁷.

2. La aplicación de la nueva doctrina *AY* al procedimiento de ODE alemán

En contra de la opinión del Abogado General, la STJUE en el asunto *AY*²⁸ admitió finalmente el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de las autoridades que emiten una ODE en relación con la interpretación y la aplicación de motivos de denegación que corresponde apreciar a las autoridades nacionales de ejecución. Dicha sentencia contradice la postura mantenida hasta el momento por la doctrina mayoritaria, incluida la interpretación utilizada por el propio magistrado instructor español, que consideraba que la autoridad judicial del Estado de emisión no podía plantear cuestiones prejudiciales referidas a obligaciones que incumbe cumplir al Estado de ejecución.

Así pues, considero que la doctrina jurisprudencial que sienta esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo podría ser directamente aplicable a la situación originada por la decisión de la autoridad judicial competente alemana al denegar la entrega del Sr. Puigdemont por el delito más grave (rebelión) que justificaba la ODE emitida por las autoridades judiciales españolas. De acuerdo con la nueva doctrina sobre la competencia del TJUE que puede extraerse de *AY*, el Tribunal Supremo estaba legitimado entonces para plantear una cuestión prejudicial del art. 267 TFUE, a fin de determinar si la interpretación del alcance y sentido del art. 2.4 de la Decisión Marco de la ODE realizada por el Tribunal alemán debía considerarse conforme al Derecho de la Unión. La cuestión debería haber sido admitida por el Tribunal de Luxemburgo, teniendo en cuenta que la decisión del Tribunal alemán condicionaba claramente la decisión final del magistrado español de mantener o retirar la ODE emitida, por lo que la relación con el objeto del litigio principal estaría suficientemente acreditada y no podría considerarse de naturaleza hipotética.

²⁷ *Vid.* Conclusiones del Abogado General en el asunto *AY*, de 16 de mayo de 2018, EU:C:2018:317, en especial apartados 28-32.

²⁸ STJUE *AY*, C-268/17, de 25 de julio de 2018, EU:C:2018:602.

Concretamente, el magistrado español podría haber aprovechado la oportunidad que se le presentaba en este caso para preguntar al TJUE cuál es el alcance del motivo de denegación basado en el principio de doble incriminación establecido en el art. 4.2 en relación con el art. 2.4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, teniendo en cuenta la matización introducida por el propio art. 2.4 *in fine*, que establece que los hechos deben ser constitutivos de un delito en el Estado miembro de ejecución “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”. El inciso final de este artículo parece limitar la interpretación del principio de doble incriminación para permitir únicamente su aplicación *in abstracto*, rechazando una aplicación estricta *in concreto* como la realizada en este caso por el Tribunal alemán²⁹. Si bien es cierto que, hasta la fecha, el TJUE no ha tenido la oportunidad de pronunciarse directamente sobre el principio de doble incriminación aplicado a una ODE, sí que ha tenido en cambio la ocasión de realizar una interpretación en este sentido del art. 7.3 de la Decisión Marco 2008/909/JAI, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a la ejecución de sentencias en materia penal³⁰, precepto cuya dicción literal es prácticamente idéntica a la del art. 2.4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI³¹.

3. La posible reactivación de las ODE y la eventual posición de Bélgica

Teniendo en cuenta que el Sr. Puigdemont está actualmente afincado en Waterloo, la argumentación anterior podría ser utilizada en el futuro ante la eventual denegación de una nueva ODE emitida contra esta misma persona por los mismos hechos. Como bien ha establecido el TJUE en la misma sentencia AY, el Estado de ejecución está obligado a pronunciarse sobre toda ODE que le sea oportunamente remitida por la autoridad judicial de un Estado miembro. Por lo tanto, si el magistrado instructor del Tribunal Supremo decide emitir una nueva ODE para reclamar la entrega del Sr. Puigdemont y del resto de procesados huidos en Bélgica, las autoridades belgas estarían obligadas a adoptar una nueva decisión sobre la entrega, no pudiéndose excusar en la existencia de una decisión anterior sobre la misma persona en relación con los mismos hechos.

²⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* NIETO MARTÍN, Adán, “Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán y MUÑOZ DE MORALES, Marta (Dirs.), *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont, op. cit.*, pp. 21-28.

³⁰ DO L 327 de 5 de diciembre de 2008.

³¹ *Cfr.* STJUE *Grundza*, C-289/15, de 11 de enero de 2017, ECLI:EU:C:2017:4, apartado 34.

En este escenario, si la autoridad judicial competente en Bélgica decide volver a rechazar la ejecución de la ODE, considero que el Tribunal Supremo español debe, en primer lugar, instar ante el miembro nacional de España en Eurojust la emisión de un dictamen no vinculante del Colegio sobre las denegaciones reiteradas en la ejecución sufridas en relación con las ODE no ejecutadas por Bélgica. Esta posible vía de actuación supone la notificación a Eurojust del problema, para que elabore un dictamen no vinculante sobre el asunto que se remitirá a los Estados miembros interesados³². Como requisito previo, las autoridades nacionales deben haber intentado resolver el asunto de mutuo acuerdo, o mediante la participación de los miembros nacionales correspondientes. En este caso, las denegaciones reiteradas no deben referirse solo al caso de la entrega de Puigdemont, sino también a otras denegaciones experimentadas y potencialmente infundadas como la no entrega de Natividad Jáuregui. De hecho, este último caso ha provocado la reciente condena de Bélgica por parte del TEDH³³, resolución en la que el Tribunal de Estrasburgo deja entrever la falta de voluntad de cooperación de las autoridades belgas en relación con las obligaciones derivadas de la Decisión Marco 2002/584/JAI, y que puede servir de argumento de fuerza para la postura española.

Si dicho dictamen no se llega a emitir o, a pesar de haberse emitido y ser eventualmente favorable a la postura española, vuelve no obstante a rechazarse la ejecución, considero que el Tribunal Supremo debería plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. La legitimación de la autoridad nacional española volvería a estar garantizada por la doctrina *AY* antes mencionada en el análisis del caso alemán. En este caso, el TS podría plantear si la interpretación del Tribunal belga sobre el alcance de la STJUE *Bob-Dogi* aplicado en el caso concreto es acorde a su doctrina y compatible a su vez con el espíritu de la Decisión Marco, y al respeto al principio de reconocimiento mutuo que debe guiar la actuación de las autoridades judiciales de los Estados miembros al aplicar este instrumento.

³² Vid. art. 7.3 de la versión consolidada de la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DO L 63 de 6 de marzo de 2002), disposición que será próximamente sustituida por el art. 4.5 del Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) (DO L 295 de 21 de noviembre de 2018).

³³ Cfr. STEDH *Romeo Castaño c. Belgique*, de 9 de julio de 2019, CE:ECHR:2019:0709JUD000835117.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde la perspectiva española, la posible aplicación de la doctrina de *AY* al caso *procés* resulta evidente. El magistrado instructor del Tribunal Supremo tiene ahora la oportunidad de emitir nuevas ODE solicitando la entrega de todos los acusados actualmente huidos de la justicia, habida cuenta de que una eventual denegación arbitraria de la ejecución como la que ya se ha producido, en mi opinión, por parte de las autoridades de ejecución belgas y alemanas, podría ser revisada por el TJUE vía cuestión prejudicial planteada por la autoridad judicial española. En este sentido, considero que la única cuestión por determinar es el momento procesal idóneo para la eventual emisión de estas nuevas ODE. Todo parece apuntar a que este momento no llegará sino después de octubre de este año, una vez la Sala Segunda del Tribunal Supremo haya dictado sentencia respecto de los acusados presentes en el juicio.

LA LEY 35/1995 FRENTE A LA VIOLENCIA SEXUAL¹

Belén Hernández Moura

Profesora Ayudante (Universidad Carlos III de Madrid)

I. INTRODUCCIÓN: LA VIOLENCIA QUE NO CESA

Según datos publicados en el balance de criminalidad para el segundo trimestre de 2021, se han registrado en España un total de 7.898 hechos conocidos contra la libertad e indemnidad sexual². Durante el mismo periodo de 2020, fueron 6.139 los hechos conocidos en todo el territorio nacional, lo que supone un incremento de algo más del 28%. Lo cierto es que, desde 2013, las cifras no han dejado de aumentar –excepción hecha en 2020, probablemente por los efectos de la pandemia–, pasando de las 8.923 victimizaciones por delitos sexuales en 2013 a las 15.319 registradas durante el 2019.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que un aumento en las estadísticas no indica siempre y en todo caso un aumento de la violencia sexual. Al contrario, es probable que entre los factores explicativos de esta tendencia ascendente figuren, entre otros, una concienciación social más fuerte o, más recientemente, la desnormalización de conductas antes no asociadas a un comportamiento penalmente reprochable.

¹ Comunicación presentada en el marco del Proyecto de investigación I+D: «Tratamiento procesal de la víctima de violencia sexual: participación, objeto de prueba e interpretación social en las redes», RTI 2018-099170-B-I00 (MCIU/AIE/FEDER, UE), investigadores principales Soletto Muñoz, Helena y García Crespo, Ángel.

² «Balance de criminalidad 2021, 2º trimestre», (Ministerio del Interior, 2021), <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2021>; «Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España» (Ministerio del Interior, 2019), <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-espana>

En cualquier caso, las estadísticas son tan solo la parte visible, los «hechos conocidos», de una de las cuestiones más urgentes que, como sociedad, debemos abordar. Al margen quedan las conductas contra la libertad e indemnidad sexual que nunca acceden al circuito de justicia, probablemente a resultas del estigma que en ocasiones suponen tanto el proceso penal como el cuestionamiento público del relato de la violencia sufrida.

No obstante, y dejando para otros trabajos el análisis de las cuestiones que podrían estar influyendo en la decisión de las víctimas de acudir a mecanismos formales de justicia, quisiéramos ahora poner el foco en la realidad de la reparación de las víctimas de violencia sexual³ y, en concreto, en la aptitud de la Ley 35/1995, de 11 diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, para acceder a un sistema de reparación en los términos que marca el estándar europeo.

II. BREVE REFERENCIA AL COMPROMISO NORMATIVO CON LA REPARACIÓN ECONÓMICA DE LAS VÍCTIMAS

Por cuestiones de espacio, no es este el lugar más idóneo para repasar en detalle la evolución del derecho a la reparación en la normativa europea, objetivo sin embargo presente desde los inicios de la política victimal comunitaria. Tanto es así que la década de los 80 marca el inicio del interés por las víctimas, un interés que se evidencia con la aprobación de la *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 1981, sobre la indemnización a las víctimas de actos de violencia*⁴.

Tras dicho precedente, entre los máximos exponentes del interés en la reparación económica de las víctimas no deben dejar de mencionarse la *Directiva 2004/80/CE sobre indemnización a las víctimas de delitos* o la *Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos*

³ Sobre los intereses de las víctimas de violencia sexual vid. Kathleen Daly, «Sexual violence and victims' justice interests», en *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions*, de Estelle Zinsstag y Marie Keenan, 1.ª ed. (Great Britain: Routledge, 2017), 108-39.

⁴ Official Journal of the European Communities, 6 de mayo de 1981, C77/77, 80-81.

y a la protección de las víctimas, cuyo art. 17 recoge la obligación de los Estados miembro de garantizar el acceso de las víctimas de trata al régimen estatal de indemnización existente para las víctimas de delitos violentos cometidos intencionalmente.

Es particularmente llamativo como tanto la *Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, como su predecesora de 2001, la *Decisión marco, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, aluden únicamente a la indemnización a cargo del autor, refiriéndose, esta última, a la obligación de los Estados miembro de garantizar «a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción –art. 9–». Además, continúa, los Estados miembro, deberán adoptar las medidas oportunas que faciliten que el autor de la infracción indemnice a la víctima de manera adecuada –art. 9.1–. En una línea muy similar, la *Directiva 2012/29/UE* reconoce en su art. 16 el derecho a obtener «una decisión sobre la indemnización por parte del infractor, en un plazo razonable», instando a los Estados miembro a promover «medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente –art. 16.2–».

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, ratificado por España en 2014 y cuyo ámbito de aplicación cubre «todas las formas de violencia contra la mujer –art. 2.1–», alude a la obligación de indemnizar hasta en siete ocasiones, recogiendo específicamente la obligación pública de «[...] conceder una indemnización por los actos de violencia [...] cometidos por actores no estatales –art. 5.2–». Más adelante, la norma rescata un importante matiz y es que, esa indemnización debiera ser «adecuada [para] quienes hayan sufrido graves daños contra su integridad física o a la salud» y, además, concederse «en la medida en que el perjuicio no esté cubierto por otras fuentes, en particular por el autor del delito, los seguros o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado –art. 30.2–». El Convenio de Estambul incluye asimismo como parámetro de calidad en la atención a las víctimas el factor tiempo, en el objetivo de garantizar «la concesión de la indemnización en un plazo razonable –art. 30.3–».

Ya en el plano interno, lo cierto es que la *Ley 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito* no aborda con la profundidad exigible la cuestión

de la reparación a las víctimas, dejando nuevamente pasar la oportunidad de reparar los déficits en el sistema de reparación. Por su parte, el *Pacto de Estado contra la Violencia de Género* reconoce en la medida número 146 el derecho a la reparación estatal, pero lo hace únicamente en caso de que el daño lo sea a resultas de una negligencia judicial, sin siquiera apuntar la posibilidad de abordar en un futuro próximo una modificación legislativa que garantice en la práctica el derecho a la reparación integral.

III. EFICACIA DEL SISTEMA DE COMPENSACIÓN ESTATAL EN EL CASO ESPAÑOL

Centrando el análisis específicamente en la norma que da título a este trabajo, lo cierto es que la Ley 35/1995 parece enfrentar importantes limitaciones y falta de adecuación, al punto de que las reparaciones otorgadas a partir de ella podrían calificarse de meramente circunstanciales. Llama particularmente la atención la escasa representatividad de las ayudas concedidas para financiar gastos terapéuticos en relación a los expedientes concedidos por conceptos como el fallecimiento o la invalidez, teniendo en cuenta que, como luego se verá, es precisamente a costear el tratamiento terapéutico a lo que han de destinarse las ayudas estatales cuando hablamos de víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Según indica SOLETO MUÑOZ, tras el análisis de datos del Ministerio de Administraciones Públicas, en 2014 fueron 23 las ayudas concedidas para la subvención de gastos terapéuticos para las víctimas de delitos sexuales, a pesar de que fueron 94 las solicitudes recibidas. Para 2015 y 2016 las cifras no animan a una lectura más positiva: el grueso de la asignación presupuestaria continúa siendo para ayudas por fallecimiento, sumando tan solo 32 las ayudas concedidas en los dos años para la subvención de gastos terapéuticos para víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, asignación con una media de 922,77€ por expediente en 2015 y 662,39€ en 2016⁵.

Con carácter general no existe limitación legal alguna en cuanto a cómo utilizan las víctimas el importe recibido, ni en el caso de la compensación a cargo del ofensor

⁵ Soleto Muñoz y Grané Chávez, La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones, 23-24.

a través de la responsabilidad civil *ex delicto*, ni en la compensación pública, teniendo en principio libertad las víctimas para emplearlo de acuerdo a su propio criterio. Se trata de un ámbito poco explorado aún, pero muy interesante en la averiguación de las prioridades de las víctimas en la recuperación y superación del delito.

En lo que se refiere a las víctimas de violencia sexual, HOLDER y DALY observan tres categorías diferentes a las que las víctimas destinarían el importe: necesidades financieras urgentes, reconstrucción del yo y ahorro futuro –en el documento original las autores se refieren a «practical concerns or reconnecting with ordinary life, self-renewal or remaking the self y saving and financial safety»–. En la primera de ellas, las víctimas refirieron ítems como el pago de facturas y otros gastos urgentes, sustitución de vehículos o mejoras en los sistemas de seguridad del hogar. El segundo nivel tiene que ver con cambios en las condiciones de vida de las víctimas –nuevas oportunidades laborales– o en su relación con su entorno más próximo –tiempo de calidad con sus seres queridos–. Por último, parece que las víctimas valoran el ahorro futuro como medio para procurar cierta seguridad financiera cara a posibles eventualidades⁶.

Ahora bien, la norma española sí contempla un destino determinado para la cuantía que recibirían las víctimas en los casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual que originen en la víctima daños en su salud mental; daños que deberán acreditarse mediante informe del médico forense por exigencia del art. 17.1 RD 738/1997. Así, en el art. 6.4 de la Ley 35/1995 se establece que el importe servirá para sufragar el tratamiento terapéutico elegido libremente por la víctima en la cuantía máxima de cinco mensualidades del SMI vigente en fecha de emisión del informe del tratamiento terapéutico. En realidad, y como seguidamente se verá, el SMI no es ya el indicador de referencia, sino el IPREM, lo que en la práctica traduce en una cuantía máxima de 2.824,5€ para el año 2021; techo inimaginable para las víctimas vistas las cantidades concedidas en los últimos años.

Es significativo el apunte en torno al indicador que sirve de base para el cálculo de la indemnización en tanto este es uno de los puntos que fue modificado

⁶ Robyn L. Holder y Kathleen Daly, «Recognition, Reconnection, and Renewal: The Meaning of Money to Sexual Assault Survivors», *International Review of Victimology* 24, n.º 1 (2017): 36-38, <https://doi.org/DOI: 10.1177/0269758017739372>.

en 2018, a través de la Disp. fin. quinta de la Ley para los Presupuestos Generales del Estado. Hasta el 5 de julio de 2018 el indicador de referencia para el cálculo de las ayudas no era el IPREM, sino el Salario Mínimo Interprofesional –SMI–, tradicionalmente más alto. La primera consecuencia de ese cambio es la disminución de la cantidad a percibir, pasando en datos de 2021, de los 31,66€/día en la regulación anterior a los 18,83€ actuales, esto es, de concederse en su cuantía máxima, la cantidad que finalmente percibiría la víctima sería en torno a un 40% menor.

La Ley española recoge algunas diferencias en la forma de pago para las ayudas concedidas para sufragar el gasto terapéutico –art. 18 RD 738/1997–:

i. Si la solicitud se realiza antes de iniciar el tratamiento podrá acordarse el abono de una cantidad a cuenta de una mensualidad del IPREM. Si esa cantidad fuera insuficiente para sufragar el tratamiento, el exceso podrá abonarse, a solicitud de la persona interesada, en un único o en sucesivos pagos hasta la finalización del tratamiento o hasta alcanzar la cuantía máxima.

ii. Si la ayuda se solicita una vez iniciado el tratamiento, se abonará la cantidad correspondiente por los gastos justificados. Los que se originen después se abonarán, a solicitud de la víctima y previa justificación, en un único o en sucesivos pagos hasta el fin del tratamiento o hasta alcanzar el máximo.

iii. Si en el momento de la solicitud se probase que se ha concluido el tratamiento, se abonará la ayuda en un único pago, por el importe de los gastos justificados, con el límite de la cuantía máxima. Solo en este último caso, si se justifica la necesidad de retomar el tratamiento y no se hubiese aún alcanzado el límite máximo, se abonarán los nuevos gastos que se originen según el procedimiento anterior.

IV. POSIBLES ESTRATEGIAS DE MEJORA

Desde luego, es positivo que el Pacto de Estado arriba mencionado insista en la necesidad de establecer mecanismos de evaluación del sistema de ayudas previsto en el Ley 35/1995, reconociendo la urgencia de adecuar la normativa española a los estándares internacionales de Derechos Humanos y asegurando en

la práctica la reparación, incluyendo la indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición para las víctimas de violencia de género, incluida la violencia sexual. Sin embargo, es aún amplio el espacio de mejora⁷.

Entre las causas de la ineficacia del sistema público de indemnización RODRÍGUEZ PUERTA señala condicionantes de tipo económico, de un lado, y, de otro, barreras de tipo informativo. Para la autora, la eficacia de estos programas estaría condicionada por la existencia de «partidas presupuestarias para su ejecución, cuestión que requiere una apuesta política decidida, pero además [...] la creación de oficinas, públicas o privadas, que faciliten a la víctima la información y asistencia inmediata que estas requieren»⁸.

PÉREZ RIVAS suma a las anteriores una tercera razón. En este sentido, la excesiva burocratización y las complicaciones de acceso al sistema de compensación justificarían la visión negativa en torno a la eficacia de la norma⁹. Desde nuestro punto de vista, sería interesante incidir en la accesibilidad del sistema imitar el esfuerzo tecnológico realizado por otros países para gestionar la solicitud a través de medios electrónicos. Reino Unido, Países Bajos o Portugal permiten la solicitud a través de un formulario *online* y disponible en abierto. Países Bajos o Reino Unido aceptan solicitudes iniciadas por vía telefónica. Estas cuestiones ya habrían sido señaladas en 2009, fecha de publicación del *Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/CE –COM (2009) 170 final–*. En él se incide en que, a diferencia de las autoridades de decisión y de asistencia, los solicitantes consideraron el proceso de solicitud complicado y largo, subrayando además dificultades derivadas de la supervivencia de barreras lingüísticas, falta de información y asesoramiento jurídico durante el proceso de aplicación.

⁷ Vid. ampliamente Miren Odriozola Gurrutxaga, «Valoración del sistema español de ayudas públicas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual», en *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, de Gema Varona Martínez, 1ª (Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018), 209-27.

⁸ María José Rodríguez Puerta, «Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas», en *Manual de victimología*, de Enrique Echeburúa Odriozola, Enrique Baca Baldomero, y Josep María Tamarit Sumalla (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 413-14.

⁹ Natalia Pérez Rivas, «El modelo español de compensación estatal a las víctimas de delitos», *Lex N°18*, 2016, 125.

A la falta de información¹⁰ y la escasez del plazo de solicitud, de un año para víctimas que no lo sean de género, SOLETO MUÑOZ añade la dificultad del proceso de solicitud, insuficiencia o falta de adecuación de las Oficinas de Asistencia, la ausencia de protocolos de atención a las víctimas o la falta de un turno de abogacía especializado. Todo ello para evitar que la ausencia de pago de la indemnización recogida en sentencia o la falta de compromiso estatal en el abono de la compensación genere una nueva victimización, podríamos decir terciaria, marcada por un escenario en el que tras obtener un pronunciamiento favorable a la reparación económica esa compensación nunca llega o solo lo hace parcialmente¹¹.

A nadie escapa que la violencia sexual implica importantes consecuencias físicas, psicológicas, conductuales y de salud sexual y reproductiva en quien la sufre, por lo que la reparación representa una de las cuestiones en las que el compromiso y la responsabilidad estatal debería ser más evidente. En este sentido y constatadas las dificultades que en la práctica las víctimas enfrentan en el cobro de la indemnización a cargo del ofensor, resulta esencial revisar el mandato de la Directiva 2004/80/CE y facilitar que, subsidiariamente, las víctimas puedan tener acceso a una compensación económica, justa y adecuada a cargo de fondos públicos. Es esta además una de las estrategias destacadas por el Consejo de Europa en su guía sobre *Non-criminal remedies for crime victims*, centrada en la calidad y eficacia de la Justicia¹² y en los términos de la STJUE de 16 de julio de 2020 en el asunto C-129/19.

La falta de eficacia en la compensación económica es uno de los aspectos destacados en el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE, elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género –A8-0186/2018–. En dicho documento, fechado en mayo de 2018, se incide en el establecimiento de «mecanismos para recaudar de forma adecuada los pagos en concepto de

¹⁰ Sobre la incidencia de la falta de información en la solicitud de compensación vid. ampliamente Marion E.I. Brien y Ernestine H. Hoegen, «Compensation across Europe: A Quest for Best Practice», *International Review of Victimology* 7 (2000): 291.

¹¹ Soleto Muñoz y Grané Chávez, «The Inefficacy of Compensation to the Victim in the Spanish System: The Case of Madrid Autonomous Region», en prensa, 21.

¹² «Non-criminal remedies for crime victims» (Consejo de Europa, 2009), 43-48, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/victims%20final_en%20with%20cover.pdf

indemnización que deben realizar los infractores –apdo. 79–», siendo precisamente la complejidad en el acceso a la indemnización una de las carencias puestas de manifiesto en la transposición de la Directiva 2012/29/UE. Sin embargo, una vez más, nada dice el Informe sobre el sistema público de compensación¹³.

No es, insistimos, una cuestión trivial. Precisamente por los déficits en el sistema público de indemnización a las víctimas de violencia sexual, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condena a Italia en la sentencia de 11 de octubre de 2016 –Asunto C-601/14–. En una de las sentencias más relevante en materia de indemnización a las víctimas, la Gran Sala condena a la República Italiana por desatender las previsiones de la Directiva 2004/80/CE sobre indemnización a víctimas de delitos. Particularmente por la vulneración del art. 12.2 relativo a los regímenes nacionales de indemnización justa y adecuada en los supuestos de delitos violentos cometidos en el territorio de un Estado miembro sobre un ciudadano residente en otro Estado de la Unión Europea. Pese a que Italia sí contaba entonces con un catálogo de leyes que contemplan la concesión de indemnizaciones a cargo del Estado a las víctimas de determinados delitos dolosos violentos –terrorismo y delincuencia organizada–, no todos los delitos violentos quedarían cubiertos por esas leyes especiales. En concreto, no existía una ley especial que garantizase una indemnización en el sentido del art. 12.2 de la Directiva 2004/80/CE a las víctimas de agresión sexual, cuestión por la que el TJUE acaba condenando a Italia¹⁴. Nada impide que los Estados miembro precisen la extensión del concepto de «delito doloso violento» que recoge el art. 12.2 de la Directiva de 2004, sin embargo, en la interpretación del TJUE, el sentido de la Directiva se vería necesariamente limitado si el régimen de indemnización se viera limitado tan solo a algunos delitos dolosos violentos¹⁵.

¹³ Informe sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (2016/2328(INI)). Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT%2BREPORT%2BA8-2018-0168%2B0%2BDOC%2BXML%2BV0//ES>

¹⁴ Helena Soletto Muñoz y Aurea Grané Chávez, «The Inefficacy of Compensation to the Victim in the Spanish System: The Case of Madrid Autonomous Region» (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2018), 3-4, en prensa.

¹⁵ Vid. en este sentido el análisis de Montserrat De Hoyos Sancho, «Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas», *Diario La Ley* 8955 (4 de mayo de 2017).

Bibliografía

- «Balance de criminalidad 2021, 2º trimestre», (Ministerio del Interior, 2021), <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2021>; «Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España» (Ministerio del Interior, 2019), <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-espana>
- BRIENEN, Marion E.I., y ERNESTINE H. Hoegen. «Compensation across Europe: A Quest for Best Practice». *International Review of Victimology* 7 (2000): 281-304.
- DALY, Kathleen. «Sexual violence and victims' justice interests». En *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions*, de Estelle Zinsstag y Marie Keenan, 108-39, 1.ª ed. Great Britain: Routledge, 2017.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat. «Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas». *Diario La Ley* 8955 (4 de mayo de 2017).
- HOLDER, ROBYN L., y KATHLEEN Daly. «Recognition, Reconnection, and Renewal: The Meaning of Money to Sexual Assault Survivors». *International Review of Victimology* 24, n.º 1 (2017): 25-46. [https://doi.org / DOI: 10.1177/0269758017739372](https://doi.org/10.1177/0269758017739372).
- «Informe de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España». Ministerio del Interior, 2017.
- «Non-criminal remedies for crime victims». Consejo de Europa, 2009. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/victims%20final_en%20with%20cover.pdf
- ODRIOZOLA GURRUTXAGA, Miren. «Valoración del sistema español de ayudas públicas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual». En *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, de Gema Varona Martínez, 209-27, 1ª. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

PÉREZ RIVAS, Natalia. «El modelo español de compensación estatal a las víctimas de delitos». *Lex N'18*, 2016, 109-28.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José. «Sistemas de asistencia, protección y reparación de las víctimas». En *Manual de victimología*, de Enrique Echeburúa Odriozola, Enrique Baca Baldomero, y Josep María Tamarit Sumalla, 407-38. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

SOLETO MUÑOZ, Helena, y GRANÉ CHÁVEZ, Aurea. *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones*. Madrid: Dykinson, 2018. <http://hdl.handle.net/10016/27811>

———. «The Inefficacy of Compensation to the Victim in the Spanish System: The Case of Madrid Autonomous Region». Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2018.

LA EJECUCIÓN NO DINERARIA Y LA SUSPENSIÓN POR VULNERABILIDAD SOCIAL DE LOS LANZAMIENTOS EN EL PROCESO CIVIL

Juan Luis Ibarra Sánchez
Doctor en Derecho. Abogado

I. EL CONVENIO DE COLABORACIÓN CGPJ, JUNTA DE ANDALUCÍA Y FAMP DE 2016. LA EJECUCIÓN JUDICIAL SOBRE BIENES HIPOTECADOS, EL JUICIO DE DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO Y LAS DENOMINADAS LEYES ANTI DESAHUCIOS

1. El Convenio de colaboración CGPJ, Junta de Andalucía y FAMP de 2016 sobre detección de supuestos de vulnerabilidad en ocasión del lanzamiento de vivienda familiar

El uno de marzo de 2016, el Consejo General del poder judicial (CGPJ), la Junta de Andalucía y la Federación andaluza de municipios y provincias (FAMP), suscribieron un Convenio de colaboración sobre la detección de supuestos de vulnerabilidad con ocasión del lanzamiento de vivienda familiar y medidas de carácter social y sobre cesión de datos en los procedimientos de desahucio y ejecución hipotecaria. Dicho convenio tenía duración inicial de un año –cláusula décima– prorrogable expresa y anualmente y ha sido objeto, a fecha de hoy, de al menos tres prórrogas anuales. La prórroga suscrita mediante adenda, el 1 de marzo de 2019, lo fue por el Presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel MORENO BONILLA y el Presidente del CGPJ, Carlos LESMES SERRANO.

En la cláusula I del Convenio encontramos su finalidad y objeto. Se trata –dice el Convenio– de establecer un Protocolo de actuación que desarrolle un procedimiento de comunicación entre la Autoridad judicial y los Servicios sociales de carácter general, ya sean competencia de la Consejería con atribuciones

en materia de políticas sociales o de las entidades locales (...) y específicos en materia de vivienda, competencia de la Consejería correspondiente o también de carácter local, cuando el Juzgado, con motivo de un lanzamiento derivado por un procedimiento de ejecución hipotecaria o de un juicio de desahucio por falta de pago de renta, detecte una situación de especial vulnerabilidad en el demandado o ejecutado, ya sea por existir elementos que permitan pensar en la aplicación del *Código de buenas prácticas bancarias* de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, o de la Ley 25/2015, de 28 de julio, o bien por razones de edad, imposibilidad de valerse por sí mismo o cualesquiera otras que pueda tener en consideración la autoridad judicial. Junto a la necesidad de un procedimiento ágil por la Consejería de Justicia para implementar en el sistema informático de gestión procesal Adriano, los instrumentos necesarios que faciliten la información a la ciudadanía de los recursos asistenciales existentes, se incide también en el cumplimiento de la normativa de protección de datos a la hora de trasladar a los Servicios sociales la información personal de los ejecutados.

Se concluye en el párrafo in fine de la cláusula I del Convenio, con una invocación a la salvaguarda de los derechos fundamentales y estatutarios ligados al uso y disfrute de una vivienda habitual, conforme a la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415-11.

Cabe advertir tras su lectura, y reconociendo desde luego su noble objetivo, que el derecho a la vivienda en nuestra Constitución de 1978 no es un derecho fundamental. No se encuentra ubicado entre ellos, es decir, en los establecidos en el Título I, Capítulo II, Derechos y libertades, artículos 14 a 29 CE, sino que reside en el artículo 47 CE¹, Capítulo III, De los principios rectores de la política social y económica. En consecuencia, hay que advertir que no existe actualmente en Derecho español un derecho subjetivo a una vivienda, sin perjuicio del mandato a las Administraciones públicas del mencionado precepto y la alusión al denominado Estado social que efectúa el artículo 1 CE. Se aprecia así mismo en el texto del Convenio un cierto grado de indefinición respecto de las competencias objetivas que en materia de políticas sociales y asistenciales (y también de vivienda protegida), ostentan determinadas Consejerías de la Junta de Andalucía y los

¹ Artículo 47 CE: todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho.

Ayuntamientos. Y esta indefinición –o incluso diríamos confusión– se ha reflejado ya en la práctica, en la existencia de desorientación por parte de los Juzgados de primera instancia a la hora de saber a qué Administración pública efectuar los traslados por vulnerabilidad social. No se tiene nada claro a qué organismo administrativo dirigirse, ni siquiera, en algunos casos, a qué Administración, si local o autonómica, lo cual resulta ciertamente preocupante. A este respecto, parece que del texto se desprende que la competencia objetiva se ubicaría en el ámbito de la Consejería de Igualdad, políticas sociales y Conciliación². Solo en el caso de tratarse de una vivienda protegida, procedería acudir también a la Consejería de Fomento. Y parece oportuno que los Juzgados se dirijan de manera simultánea, a los propios Ayuntamientos en los que las viviendas objeto del lanzamiento se encuentren, dado que las entidades locales desempeñan un papel muy importante tanto en políticas sociales –los servicios sociales comunitarios se ubican ahí– como en materia de vivienda protegida, (incluso sobre inmuebles de titularidad autonómica), como son los Registros municipales de demandantes de vivienda protegida de Andalucía. Hasta en sentido amplio, podría hablarse en materia de servicios sociales y vivienda protegida, de competencias compartidas.

Conforme a la Clausula II del Convenio, el protocolo de actuación se aplicará sobre dos tipos de procedimientos jurisdiccionales civiles: a) *Procedimientos de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual* y b) *Procedimientos de desahucio de vivienda habitual por falta de pago de la renta* o cantidades cuyo pago corresponda al arrendatario, sobre vivienda habitual. El Protocolo busca asegurar que se comunique a los Servicios sociales comunitarios la posible existencia de vulnerabilidad social o exclusión social de los arrendatarios demandados sobre su vivienda habitual para que efectúen la valoración de las circunstancias concurrentes y acometan, en su caso, las actuaciones procedentes. Se pretende también que el órgano jurisdiccional pueda adoptar, a la vista de tales circunstancias y previa intervención de dichos Servicios sociales, la resolución que considere procedente en orden a la suspensión del lanzamiento, siempre de conformidad con las leyes procesales.

² Parece lógico cuando, en la mayoría casos de vulnerabilidad o exclusión social, la vivienda es solo uno, y ni siquiera el más grave, de los problemas que se presentan; laborales, formativos, culturales, educacionales, etc, especialmente en determinadas zonas de nuestras ciudades de alta conflictividad social donde a veces se funciona con otros usos, códigos y reglas.

2. La vulnerabilidad social en la ejecución judicial hipotecaria sobre vivienda habitual y las denominadas leyes anti desahucios

La Cláusula 2 del Convenio, Protocolo de actuación, apartado 1, se refiere en primer lugar a los *Procedimientos de ejecución hipotecaria que versen sobre vivienda habitual*. Y hay una constante apelación a las denominadas leyes anti desahucios. Tenemos que remontarnos al *RD Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, modificado por la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, que aprobó el denominado *Código de buenas prácticas bancarias* en el que ya se preveía la suspensión inmediata y por plazo de dos años de las ejecuciones hipotecarias (denominadas aún hoy erróneamente desahucios) de los deudores que se encontrasen en una situación de especial vulnerabilidad según señalaba la propia norma. El denominado "Código de buenas prácticas" (CBP), era de adscripción voluntaria para las entidades de crédito y contenía un conjunto de reglas a cumplir en caso de préstamos hipotecarios en la compra de viviendas. Así mismo, hemos de referirnos a la *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad y reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*.

La ejecución hipotecaria está regulada en los arts. 681 y ss de la LEC, que unificó la anterior dispersión normativa en diversas leyes hipotecarias y de crédito, siendo de aplicación las normas generales de la subasta de bienes inmuebles en cuanto no se opongan a las reglas especiales. Las oposiciones a estas ejecuciones se han venido motivando en la posible existencia de cláusulas de carácter abusivo impuestas por los bancos, como las cláusulas suelo o de vencimiento anticipado, de intereses abusivos, y se solicita su expulsión del contrato, pese a que los motivos de oposición se encuentran tasados en el artículo 695 LEC. Se ha venido invocando el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, de defensa de los consumidores y usuarios, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación y también Directivas y jurisprudencia del TSJE; *STJE Costa-Enel, de 27 de marzo de 1963, Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril, STJE, Simmental 9 de marzo de 1978*, etc. Bastaban tres cuotas mensuales impagadas del préstamo –que obligaban al acreedor hipotecario bancario a provisionar la deuda–, para ir a su resolución anticipada, haciendo vencer todo el capital, incluido el aún no vencido conforme al art. 693.2 de la LEC. En este caso era preciso desde luego

que el pacto de vencimiento anticipado figurase expresamente en la escritura de hipoteca y además, que el mismo se hubiese inscrito en el Registro de la propiedad. El TJUE apeló a la Directiva 93/13/CEE en su Sentencia de 27.01.2017 ante un caso de posible nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado de préstamo hipotecario y en base a la legislación de protección de consumidores a nivel europeo, entendió que la cláusula podía ser válida siempre que se tratase del cumplimiento de una obligación esencial.

A nuestro entender todas las mencionadas leyes anti desahucios tenían, al menos, dos importantes limitaciones o trabas. En primer lugar, ignoraban que el concepto de desahucio es técnica y exclusivamente arrendaticio, por lo que confundían desahucios con ejecuciones hipotecarias, o simplemente con lanzamientos, fase ejecutiva no dineraria que sigue a la declarativa en muchos procedimientos civiles, incluidos los únicos tres desahucios civiles que regula la LEC. Y en segundo lugar, ninguna de ellas modificaba la Ley de Enjuiciamiento Civil, de manera que el denominado *Código de buenas prácticas bancarias* resultaba ser, a la postre para los jueces de primera instancia, poco más que un bonito deseo.

3. La vulnerabilidad social en el Juicio de desahucio por falta de pago de la renta sobre vivienda habitual

El artículo 250.1.1º y 2º LEC regula el desahucio por falta de pago, el desahucio por extinción del plazo contractual y, finalmente, el desahucio por precario. No hay más desahucios civiles aunque sí en otros ámbitos jurisdiccionales. Los tres desahucios se tramitan por ese cajón de sastre –un auténtico pozo sin fondo– que es el juicio verbal establecido en Título III, en los artículos 437 a 447 LEC, con especialidades importantes, muy notables en el caso del desahucio por falta de pago de la renta, procedimiento que hace ya bastantes años y con buen criterio, fue monitorizado y que suele concluir, si hay silencio del arrendatario tras la notificación personal del requerimiento de pago y desalojo, en un decreto de terminación favorable del Letrado de la Administración de justicia, título ejecutivo que abre paso a la ejecución. Repárese en la clave y efecto principal de la técnica monitoria tan extendida en nuestro ordenamiento jurídico procesal desde 1999 (el artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal fue pionero), en la que el silencio del demandado implica allanamiento y no, lo que es norma en el proceso civil, oposición tácita y rebeldía, continuando el actor con la carga de probar los hechos controvertidos que constituyen su pretensión.

El Convenio, por una parte, se refiere solamente al juicio de desahucio por falta de pago sobre vivienda familiar (lo que excluye a los locales de negocio o arrendamientos turísticos que operan sobre vivienda no habitual), y por otra, alude a dos momentos procesales concretos durante su tramitación, en los que debe efectuarse el traslado a los Servicios sociales con previsión de que el Letrado de la Administración de justicia acuerde la suspensión del lanzamiento durante un plazo de uno a tres meses.

A) El primer momento procesal es la *admisión de la demanda de desahucio por falta de pago*, admisión que se efectúa por decreto del Letrado de la Administración de Justicia y que es simultánea a la notificación del requerimiento de pago y señalamiento de lanzamiento (10 días), junto con cédula de emplazamiento y copia de la demanda. Se dice que cuando el órgano judicial aprecie, al admitirse a trámite la demanda de desahucio por falta de pago (...) que el arrendatario se pueda encontrar en una *situación de especial vulnerabilidad o exclusión social*, le faciliten o indiquen la existencia de folletos informativos de los servicios y programas sociales, sean de la Administración autonómica o local. A tal efecto, las partes signatarias del Convenio adoptarán las medidas oportunas a fin de que, con la correspondiente cédula y copia de la demanda y sus documentos, se incluya un folleto u hoja informativa de los servicios y programas sociales de la Administración autonómica o local donde radique la vivienda, así como un documento informativo para acceder a la justicia gratuita.

B) Un segundo momento o estadio. Cuando en el *desarrollo de los lanzamientos* se constate por el órgano judicial o por los servicios comunes, que en los ejecutados pueda concurrir una *eventual situación de especial vulnerabilidad o riesgo de exclusión social*. En este caso, la Comisión judicial dará inmediata cuenta al Juez que conozca del asunto, de tal forma que permita a éste comunicar a los Servicios sociales la existencia de dicha situación, con observancia de la legislación sobre protección de datos personales, para que dichos Servicios sociales realicen la valoración de las circunstancias concurrentes y puedan acometer las actuaciones procedentes. También el órgano jurisdiccional, adoptará, a la vista de tales circunstancias, la resolución que considere procedente *en orden de la suspensión del lanzamiento* siempre de conformidad con las leyes procesales. Verificada la comunicación y examinada la situación del ejecutado, el departamento administrativo de los Servicios sociales comunitarios adoptará la decisión que proceda, que podrá consistir bien en formular una propuesta de

intervención, con inclusión del ejecutado en los programas de carácter social que gestionan ellos u otros organismos, bien declinar la misma por considerar que las circunstancias no permiten concluir que se trate de una situación que entre en el marco o esfera de actuación de los servicios sociales. Una u otra decisión se comunicarán al órgano judicial a los efectos procedentes.

II. LA EJECUCIÓN NO DINERARIA Y LA CONDENA A ENTREGAR UN BIEN INMUEBLE. LA SUSPENSIÓN DEL LANZAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL POR VULNERABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL EN EL JUICIO DE TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN DEL ARTÍCULO 250.1.4º LEC, Y EN LOS JUICIOS DE DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO Y POR EXTINCIÓN DEL PLAZO DEL ARTÍCULO 250.1.1º LEC

En la distinción tradicional entre procedimientos declarativos, ejecutivos y cautelares como cauces del ejercicio de la potestad jurisdiccional cuyo objeto es la satisfacción de pretensiones, la ejecución es quizá la más relevante. En efecto, la función jurisdiccional de los Tribunales –TORIBIOS FUENTES– no se limita a la mera declaración de derechos, sino también a ejecutar lo juzgado. Sin duda, para que un proceso de ejecución pueda existir será imprescindible no sólo la existencia de un Tribunal ejecutor, sino que será, además, necesario contar con una parte ejecutante y otra ejecutada, sin olvidar el título ejecutivo que marcará los límites objetivos, subjetivos, cuantitativos y cualitativos del proceso de ejecución³. Un título ejecutivo que no se ejecuta en sus propios términos, puede acabar siendo un perfecto papel mojado.

En cuanto a la ejecución no dineraria, se trata de una categoría distinta, por exclusión, a la ejecución dineraria. Un proceso de ejecución forzosa –MARTÍN OSTOS– que tiene lugar cuando el título ejecutivo contiene una condena u obligación de hacer o no hacer, distinta a una cantidad de dinero⁴. El fundamento de la petición en el proceso de ejecución, la causa de pedir de la demanda ejecutiva

³ TORIBIOS FUENTES, Fernando y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Practicum proceso civil 2019*, Cizur Menor (Navarra), 1 edición, marzo 2020. 20/10.

⁴ MARTÍN OSTOS, José y RÍOS MOLINA, Consuelo, *Diccionario de Derecho procesal*, Astigi, Sevilla, 2005, pág. 67.

es siempre el título ejecutivo, el actor-ejecutante no tiene que alegar nada diferente, *nulla executio sine titulo*, las obligaciones no dinerarias además solamente pueden constar en título judiciales. Cuando el título objeto del proceso de ejecución sea una resolución procesal de un Tribunal (sentencia, auto o decreto), el criterio de competencia es exclusivamente funcional, es decir, corresponde al Tribunal que conoció del asunto en primera instancia 61 y 545.1 LEC.

Y como apunta MARTÍNEZ DE SANTOS en el desahucio por falta de pago, el demandante puede instar hasta cinco demandas de ejecución; el lanzamiento, las rentas acumuladas, las costas del procedimiento declarativo y las costas de las dos ejecuciones en trámite y todas ellas podrán acumularse en un solo proceso de ejecución⁵. Además, la solicitud de su ejecución expresada en la demanda de desahucio será suficiente para la ejecución directa, sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora señalados en la propia sentencia –si hubo oposición– o en la fecha que se hubiera fijado al ordenar la realización del requerimiento de pago y desalojo al demandado, sin que se aplique el plazo de espera de 20 días.

La ejecución con carácter general comienza, como cualquier otro proceso y conforme al principio dispositivo, por medio de demanda a la que debe acompañarse el título que justifica y fundamenta la pretensión. Sin embargo, la demanda ejecutiva es admitida por el juez, y no por el Letrado de la Administración de justicia pues ha de tenerse presente –TORIBIOS FUENTES– que la autorización de la ejecución conlleva un drástico control del título ejecutivo a desplegar por el Juez de la ejecución, pues determina a la postre la –legítima– intromisión en el patrimonio del ejecutado⁶. En consecuencia, son competencias exclusivas y excluyentes del Juez ejecutor la admisión de la demanda ejecutiva y la apertura de la ejecución. La resolución por la que así lo acuerda es el *auto de orden general de ejecución* y despacho de aquélla. Conforme al artículo 551 LEC, la ejecución se despachará mediante auto, que no será susceptible de recurso alguno sin perjuicio de la oposición que, con arreglo a la presente Ley, pueda formular el ejecutado, regulando el artículo 553 LEC el contenido del mismo. El auto, con copia de la

⁵ MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, *Lanzamiento, reclamación de rentas y proceso de ejecución*, Revista Práctica de los Tribunales, núm. 112, febrero, 2015, pág. 61.

⁶ TORIBIOS FUENTES, Fernando y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Practicum proceso civil 2019*, Cizur Menor (Navarra), 1 edición, marzo 2020, 20/50.

demanda ejecutiva, será notificado al ejecutado, sin citación ni emplazamiento, para que, en cualquier momento, pueda personarse en la ejecución.

Junto al auto de orden general de ejecución, corresponde al Letrado de la Administración de Justicia su materialización y concreción en el *decreto de medidas ejecutivas concretas*. Esta resolución procesal es, necesariamente, complementaria del auto de orden general de ejecución si bien en materia del requerimiento de entrega del inmueble para que el ejecutado cumpla con lo dispuesto en el título ejecutivo, existe cierta contradicción entre el artículo 699 LEC y el resto de la regulación de la ejecución en la LEC, que lo atribuye al Letrado de la Administración de Justicia. Conforme al artículo 703 LEC si el título ejecutivo dispusiere la entrega de un bien inmueble, el tribunal ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena aunque, en el caso del desahucio por falta de pago, el día y hora del lanzamiento ya vendrá señalado en el Decreto de admisión de la demanda en el proceso declarativo. El artículo 703 LEC se refiere a determinadas controversias respecto a cosas no separables o desperfectos en el inmueble, así como a la entrega voluntaria del mismo, dictándose auto declarando ejecutada la sentencia, salvo que el actor interese que se levante acta del estado en que se encuentre la finca. Finalmente, el artículo 704 LEC regula perfectamente el incidente de terceros ocupantes y hay que recordar aquí el carácter supletorio que posee la LEC –artículo 4– respecto del resto de legislación procesal. En cuanto al plazo de desalojo voluntario, el plazo de humanidad de un mes es ampliable a otro mes en el caso de tratarse de vivienda habitual.

Veamos a continuación como, desde la firma en Andalucía del Convenio de colaboración de 2016 para la detección de supuestos de vulnerabilidad con ocasión del lanzamiento de vivienda familiar, las últimas reformas procesales de la LEC-2000 han ido, poco a poco, introduciendo dicho trámite y traslado a los Servicios sociales y, en su caso, prevén la posible suspensión del lanzamiento sobre vivienda habitual.

1. La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la LEC, en relación a la ocupación ilegal de viviendas

La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la LEC, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, tuvo por objeto fundamental la modificación y potenciación del denominado juicio verbal de tutela sumaria de la posesión, antiguo

interdicto para recobrar la posesión del artículo 250.1. 4º LEC, uno de los muchos juicios verbales especiales de nuestro Código procesal civil –materialmente especiales para ser más exactos–, intentando el legislador apartar a los propietarios del recurso a la denuncia y personación en el procedimiento penal por delito leve de usurpación inmobiliaria del artículo 245.2 del CP ante los Juzgados de instrucción cuando se hubiese producido una ocupación ilegítima de viviendas que no constituyesen morada. Esta pretensión mucho que nos tememos que no se ha conseguido o, como mucho, de manera muy parcial.

Se establecieron en esta Ley unas medidas cautelares inmediatas a favor de determinados sujetos, se permitió expresamente la demanda contra los ignorados ocupantes y se simplificó la normalmente complicada notificación en los casos de ocupaciones ilegales, medidas todas ellas muy oportunas en el ámbito procesal civil. No obstante y como efecto muy nocivo de la reforma, se volvió a la configuración restrictiva del precario (que se tuvo por cierta jurisprudencia allá por 2001) reduciéndolo absurdamente a la ocupación tolerada. Si el precio de la modificación del interdicto de recobrar la posesión es la devaluación sustancial del objeto del juicio verbal de desahucio por precario, entonces estamos ante un viaje sin sentido. Y eso porque el interdicto sigue limitado por dos condicionantes cuyo incumplimiento llevaran al actor a un costoso y procesalmente anti económico procedimiento declarativo ordinario; la posesión le ha debido ser arrebatada a él y no a un tercero, y además, no debe haber transcurrido un año desde la ocupación del inmueble, reglas que dimanaban del Código Civil cuando señala que la posesión civil se pierde al año en su artículo 460 CCiv.

Pues bien, lo que nos interesa destacar aquí es que dicha Ley 5/2018 siguió la estela de las denominadas leyes anti desahucios (en realidad anti ejecución hipotecaria), si bien en esta ocasión se hizo algo que no se había hecho con anterioridad, pues se modificó la LEC, de la siguiente forma:

En primer lugar, dicha Ley adicionó un apartado 4 al artículo 150 LEC. Capítulo V, De los actos de comunicación judicial.

4.- Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento de los interesados.

Y también se añadió un nuevo apartado 1 bis al artículo 441 LEC. Casos especiales en la tramitación del juicio verbal. Título III, Del Juicio Verbal.

Cuando se trate de una demanda de recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a que se refiere el párrafo segundo del numeral 4º del apartado 1 del artículo 250 (...). En todo caso, en la misma resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, se ordenará comunicar tal circunstancia, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados, a los servicios públicos competentes en materia de política social, para que, en el plazo de siete días, puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan.

Y finalmente, la Ley 5/2018 contenía una Disposición adicional única denominada coordinación y cooperación entre Administraciones.

1. Las distintas Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, incorporarán, en los protocolos y planes para garantizar políticas públicas en materia de vivienda, medidas ágiles de coordinación y cooperación, especialmente con los responsables de los servicios sociales en el ámbito autonómico y local, al objeto de prevenir situaciones de exclusión residencial y para que resulte eficaz la comunicación prevista en el apartado 4 del artículo 150 y en el apartado 1 bis del artículo 441 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a fin de dar respuesta adecuada y lo más inmediata posible a aquellos casos de vulnerabilidad que se detecten en los procedimientos conducentes al lanzamiento de ocupantes de viviendas y que exigen actuaciones previas y coordinadas de las administraciones competentes. 2. Estos protocolos y planes garantizarán la creación de registros, al menos en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, que incorporen datos sobre el Parque de viviendas sociales disponibles para atender a personas o familias en riesgo de exclusión.

Es claro que la Disposición adicional única de la Ley 5/2018 entroncó plenamente con el sentido y finalidad del Convenio andaluz de colaboración de uno de marzo de 2016, y alude expresamente a los nuevos artículos e incluso en su apartado 2, se refiere a registros de demandantes de viviendas sociales, que en Andalucía son los Registros municipales de demandantes de viviendas protegidas que dependen de los Ayuntamientos. Por otro lado, las modificaciones que se introducen en el artículo 150.4 LEC, Título V, De las actuaciones judiciales,

Capítulo V, De los actos de comunicación judicial y en el artículo 441.1 bis LEC, Título III, Del juicio verbal, tienen incidencia en la ejecución no dineraria pues en el caso del artículo 150 LEC se refiere al lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, mientras el apartado 1 bis del artículo 441 LEC es relativo al juicio de tutela sumaria de la posesión, antiguo interdicto para recobrar la posesión de un inmueble.

2. El Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler

Una de las primeras medidas legislativas que salen del nuevo ejecutivo central fue el *RDL 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler* que fue convalidado por Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados. La norma introduce sustancialmente diversas modificaciones en el ámbito de los arrendamientos urbanos y, al margen de la discutible oportunidad de las mismas para reactivar o potenciar el sector inmobiliario arrendaticio, se aprovecha de nuevo, para modificar la LEC. Así, entre otras reformas, se dio nueva redacción al artículo 249.1.6º LEC, ámbito material del juicio declarativo ordinario:

6º.- Las que versen sobre cualquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia, o salvo que *sea posible hacer una valoración de la cuantía del objeto del procedimiento*, en cuyo caso el proceso será el que corresponda a tenor de las reglas generales de esta Ley.

Se introdujo un nuevo apartado 5 en el artículo 441 LEC. Casos especiales en la tramitación del juicio verbal. Título III, Del Juicio Verbal. Este nuevo apartado 5 es aplicable a los Juicios de desahucio por falta de pago y por expiración de plazo, mientras el apartado 1 bis del mismo artículo 441 LEC, introducido por la Ley 5/ 2018 lo es al interdicto de recobrar la posesión, actual juicio de tutela sumaria de la posesión:

5. *En los casos del número 1º del artículo 250.1 LEC, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan*

apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo, se alzaré la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano.

Podemos observar como hay obligación de comunicación de oficio por el Juzgado a los Servicios sociales competentes, entendemos que en Andalucía, a los Servicios sociales comunitarios con sede en la ciudad o municipio en el que se encuentre la vivienda, Ayuntamientos en los que también tiene su ubicación el Registro municipal de demandantes de vivienda protegida, previa autorización de la cesión de datos. Efectuada así la comunicación en estos dos procedimientos de desahucio, si los Servicios sociales confirmasen la vulnerabilidad social u económica del demandado, una vez recibida dicha confirmación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el curso del procedimiento por un plazo de un mes, o tres meses si el actor es una persona jurídica.

Se modificó también el apartado 4 del artículo 549 LEC. Título III, De la ejecución. Disposiciones generales.

4. El plazo de espera legal al que se refiere el artículo anterior no será de aplicación en la ejecución de resoluciones de condena de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, que se regirá por lo previsto en tales casos. No obstante, cuando se trate de vivienda habitual, con carácter previo al lanzamiento, deberá haberse procedido en los términos del artículo 441.5 de esta Ley.

Se ha añadido a este precepto, que establece la no aplicación del plazo de espera, la obligación de la comunicación a los servicios sociales cuando se trate

de vivienda habitual en los procedimientos de desahucio por falta de pago y expiración de plazo.

Y en tercer lugar, se modifica el apartado 1 del artículo 686 LEC, Capítulo V. De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. Requerimiento de pago.

1. En el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro. En el requerimiento a que se refiere el párrafo anterior habrán de incluirse las indicaciones contenidas en el artículo 441.5 LEC produciendo iguales efectos.

El requerimiento aplicable a la vivienda habitual en los juicios de desahucio por falta de pago y extinción del plazo, se extiende también a las ejecución judicial hipotecaria.

3. El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19

Finalmente, y en ocasión de la declaración del estado de alarma por el Gobierno de la Nación, este RDL 11/2020 estableció lo siguiente:

Artículo 1. Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional:

1. Una vez levantada la suspensión de todos los términos y plazos procesales por la finalización del estado de alarma, en la tramitación del *procedimiento de desahucio regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derivado de contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos*, en los que la persona arrendataria acredite ante el Juzgado *encontrarse en una situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida como consecuencia de los efectos de la expansión del COVID-19*, que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva, esta circunstancia será comunicada por el

Letrado de la Administración de Justicia a los servicios sociales competentes y *se iniciará una suspensión extraordinaria del acto de lanzamiento. Si no estuviese señalado, por no haber transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el artículo 440.3 o por no haberse celebrado la vista, se suspenderá dicho plazo o la celebración de la vista hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales competentes estimen oportunas, por un periodo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.*

2. Para que opere la suspensión a que se refiere el apartado anterior, la persona arrendataria deberá acreditar que se encuentra *en alguna de las situaciones de vulnerabilidad económica* a que se refiere el artículo 5 del presente Real decreto-ley, (...). Si el Letrado de la Administración de Justicia entendiera que concurre la situación de vulnerabilidad económica alegada, *decretará la suspensión con carácter retroactivo a la fecha en que aquella se produjo por el tiempo estrictamente necesario, atendido el informe de los servicios sociales.* El decreto que fije la suspensión señalará expresamente que, transcurrido el plazo fijado, se reanudará el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 o señalará fecha para la vista. 3. A los efectos previstos en el artículo 150.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que concurre el consentimiento de la persona arrendataria por la mera presentación de la solicitud de suspensión.

Sin entrar en el contenido completo del *RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19* en el que se establecen diversos beneficios para determinados colectivos vulnerables por circunstancias sobrevenidas a la pandemia del COVID-19, el precepto fija una posible suspensión procesal extraordinaria por un plazo de seis meses, de aplicación a los juicios de desahucio cuando el arrendatario acredite dicha vulnerabilidad. La redacción del precepto nos parece imprecisa al limitarse a hablar simplemente de juicios de desahucio sobre contratos de arrendamiento de la Ley 29/1994. Esto, a nuestro juicio, excluye no solamente al juicio de desahucio por precario, en el que no hay contrato, del artículo 250.1.2º LEC sino también al juicio de tutela sumaria de la posesión del artículo 250.1.4º LEC en el que, igualmente, nos encontramos con una ocupación sin contrato y en ambos casos, fuera del ámbito arrendaticio y de aplicación de la LAU-1994. Se observa además, en relación al plazo de suspensión del artículo 441.5 LEC, como se duplica el plazo de suspensión máxima que pasa en este supuesto, de tres a seis meses.

III. CONCLUSIÓN

Las reformas de los dos procedimientos arrendaticios de desahucio por falta de pago y por extinción de plazo, artículo 250.1.1º LEC, del juicio de tutela sumaria de la posesión del artículo 250.1.4º LEC, del artículo 686.1 LEC, la ejecución hipotecaria, del artículo 549.4 LEC, contenido de la demanda ejecutiva, y de los artículos 150 y 441 LEC, notificación de resoluciones y diligencias de ordenación y casos especiales de tramitación inicial del juicio verbal, van en la dirección de posibilitar la intervención de los Servicios sociales comunitarios en los casos en que se detecte una posible vulnerabilidad social y económica del demandado o ejecutado en determinados procedimientos civiles; arrendaticios, posesorios e hipotecarios, en los que se produzca una ejecución no dineraria sobre vivienda habitual.

El traslado del Juzgado, previo consentimiento del ejecutado, puede suponer o no la intervención de los Servicios sociales, y que éstos formulen al interesado una propuesta de intervención que deberá contemplar una solución habitacional, junto a otras medidas del ámbito de la asistencia social. Solo si se produce la intervención de los Servicios sociales, el Letrado de la Administración de justicia suspenderá el curso del procedimiento, bien tras la admisión a la demanda en los desahucios ya que el lanzamiento ya se señala en el decreto de admisión, bien en fase ejecutiva de lanzamiento según el procedimiento de que se trate, por un plazo de uno o tres meses si el actor es persona jurídica.

Para finalizar, hemos de decir que se persigue un objetivo loable que, aunque alarga la tramitación de estos procedimientos y requiere de la necesaria coordinación entre diferentes Administraciones públicas, algo no siempre fácil de conseguir, facilita la intervención de los Servicios sociales comunitarios en casos donde se va a perder la vivienda habitual. No podemos desconocer, sin embargo, que las posibilidades de actuación de los Servicios sociales que se prevén, son ciertamente limitadas, pues requiere de unos recursos económicos públicos, ya sea en forma de subvenciones o de viviendas sociales, que en muchas ocasiones, son escasos e insuficientes. Quizá una Administración pública más eficiente y funcionalmente racionalizada, por ejemplo en el ámbito territorial y competencial, pudiera contar con mejores medios y mayores capacidades.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR: UN ANÁLISIS COMPARADO DE ESPAÑA Y PERÚ

Sandra Jiménez Arroyo
*Profesora de Derecho Procesal (Universidad de Granada)*¹

I. INTRODUCCIÓN

A día de hoy, en el panorama internacional podemos encontrar gran cantidad de países que ya cuentan o, que están incorporando, leyes especiales donde sistematizan la responsabilidad penal de los menores de edad o adolescentes. Es por ello que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, existe o está emergiendo un Derecho Penal de Menores o Juvenil, específico, autónomo y especialmente configurado para este sector de la población². De hecho, según la normativa internacional y europea sobre justicia de menores promulgada a partir de la segunda mitad del siglo XX, la tendencia es el establecimiento de una estrategia común mínimamente compartida por los distintos sistemas de justicia juvenil de los diferentes países³.

En España esta cuestión viene establecida en Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (en adelante, LORRPM),

¹ Trabajo realizado en el marco de la financiación para la Movilidad Internacional de Estudiantes de Programas de Doctorado de la Universidad de Granada concedida por la Escuela Internacional de Posgrado de dicha Universidad en su convocatoria de 2017/2018, que posibilitó la estancia investigadora de la autora en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en Lima durante tres meses.

² En Perú no existe un soporte bibliográfico contundente y de entidad especializado en la responsabilidad penal del adolescente infractor, lo cual, genera que esta temática se encuentre escasamente desarrollada a nivel científico y doctrinal, y denota, en nuestra opinión, que es en el momento actual cuando en este país se está comenzando a considerar al Derecho Penal de Menores como una disciplina jurídica autónoma.

³ Siguiendo a PÉREZ VAQUERO, C. "La justicia juvenil en el Derecho Internacional". *Revista Derecho y Cambio Social*, nº 36, 2014. Pp. 1-19, quien pone de manifiesto el esfuerzo que la comunidad internacional viene realizando para implantar un "mínimo común" que sea válidamente aplicable en los sistemas de responsabilidad penal de menores existentes en los diferentes países del mundo.

y en el Real Decreto 1744/2004, de 30 de julio (en adelante, RLORRPM). Sin embargo, en Perú la normativa existente al respecto es mucho más reciente, pues el vigente Código de Responsabilidad Penal del Adolescente⁴ (CRPA) fue aprobado el 7 de enero de 2017 mediante Decreto Legislativo N° 1348, siendo promulgado su Reglamento de desarrollo por medio del Decreto Supremo n° 004-2018-JUS, el 24 de marzo de 2018 (RCRPA)⁵.

II. PRINCIPALES SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

1. Ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación

Tanto la LORRPM española como el CRPA peruano vienen a establecer que las mismas serán de aplicación para aquellos adolescentes que tengan más de 14 años y menos de 18 y cometan un hecho tipificado como delito en los respectivos Códigos Penales de cada país o en sus leyes penales especiales (art. 1.1 LORRPM y arts. I, 1.1 y 2.1 CRPA)⁶.

⁴ La legislación peruana es realmente cuidadosa con los distintos términos que emplea y no alude a “menor de edad” como hace la española, sino que se refiere en todo momento a “adolescente”, definiéndolo como la persona cuya edad oscila entre 14 y menos de 18 años (art. I CRPA; art. 2.1 CRPA y art. 2.1 RCRPA), con el fin de evitar las connotaciones peyorativas y el desvalor que puede implicar la utilización del término “menor”.

⁵ La Disposición Complementaria derogatoria del CRPA, deroga los capítulos III, IV, V, VI, VII y VII-A del Título II del Libro IV, del anterior Código de los Niños y Adolescentes (CNA, Ley N° 27337) referidos al menor en conflicto con la ley penal, quedando en vigor las restantes disposiciones del CNA, relativas a la esfera protectora de niños y adolescentes, en tanto no se opongan a lo regulado en el CRPA.

⁶ Tanto en España como en Perú, la edad siempre se refiere al momento de la comisión de la infracción (art. 5.3 LORRPM y arts. 2.1 y 3 CRPA). Al respecto, cabe advertir el enorme peligro que puede suponer la confusión entre la esfera protectora y sancionadora, interviniendo con menores en situación de vulnerabilidad y viceversa. Sin embargo, tal y como indica CÁMARA ARROYO, S. “Sanciones en los sistemas de justicia juvenil: visión comparada (especial referencia a los sistemas de responsabilidad penal de menores de España y Colombia)”. *Derecho y Cambio Social*, 2016. P. 3: “Se trata, en definitiva, de una regulación globalizadora del estatuto jurídico del menor (...) frente a la tradición europea, consistente en desglosar completamente los sistemas de asistencia civil a los menores inimputables y los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes, la mayor parte de las normativas de América Latina tratan de integrar ambos aspectos, creando un marco permeable de actuación”.

Es así que, de forma prácticamente idéntica, en ambos sistemas, podemos diferenciar tres grupos de edad a tomar en consideración en las mencionadas legislaciones⁷:

1) Niños menores de 14 años que cometan una infracción penal:

En España, no se encuentran sujetos a responsabilidad penal alguna sino a las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes⁸.

De forma similar, el Estado peruano ha renunciado a ejercer poder punitivo alguno, quedando supeditados a las normas de protección establecidas en el NCNA del año 2000⁹.

2) Adolescentes infractores de entre 14 y 17 años:

En España, los menores de entre 14 y 17 años son imputables, y por tanto, les pueden ser reprochadas jurídicamente las conductas criminales que realizan, encontrándose sujetos a una responsabilidad penal particular y especialmente configurada para ellos, según lo dispuesto en la LORRPM.

En Perú, tal y como indica el art. I CRPA se encuentran sometidos a “una responsabilidad penal especial”, para cuya exigencia se habrá de atender a lo establecido en el vigente CRPA y en su Reglamento de desarrollo¹⁰.

⁷ E, incluso, en ambos sistemas podríamos identificar 4 franjas de edad si tenemos en cuenta que ante la comisión de determinados delitos especialmente graves se prevé una distinta duración de algunas de las medidas en función de si el menor cuenta con 14-15 años o 16-17. Al respecto, *vid.* arts. 9.2 y 10.1 y 2 LORRPM, y arts. 126.4 y 163.2 y 3 CRPA.

⁸ *Cfr.* art. 3 LORRPM.

⁹ Sobre la situación de niños y adolescentes menores de 14 años que cometan una infracción, *vid.* arts. IV Título Preliminar, 184, y 242 CNA.

¹⁰ En España, los arts. 19 CP y 1.1. LORRPM vienen a establecer que cuando un menor de entre 14 y 17 años cometa un hecho delictivo podrá ser responsable de acuerdo con las disposiciones de la LORRPM y en ningún momento el art. 20 de nuestro CP indica que los menores de edad se encuentren exentos de responsabilidad penal. Es por ello que, se considera que los menores de 18 años son imputables y como tales, se les pueden reprochar jurídicamente las conductas criminales que realizan, si bien, encontrándose sujetos a una responsabilidad penal peculiar y

3) Mayores de 18 años:

En ambos países serán juzgados en su condición de adulto, de acuerdo con las correspondientes disposiciones de nuestro Código Penal y del Código Penal peruano.

En relación a otros posibles requisitos necesarios para la exigencia de responsabilidad penal al menor de edad, conviene destacar que el sistema de responsabilidad penal del adolescente en Perú, al igual que el español, sigue un criterio cronológico o biológico puro. De forma que, para exigir dicha responsabilidad tan sólo es necesario atender a la acreditación de una edad determinada, no debiendo concurrir ningún otro requisito adicional, como sí sucede en los sistemas que siguen un criterio mixto o biopsicológico, donde además se valoran determinados aspectos relacionados con las características personales del menor o con su grado de madurez. No obstante, tanto la legislación de menores española, como la peruana, tienen en cuenta las circunstancias personales y familiares del menor para la adopción judicial de la medida más adecuada al caso concreto (art 7.3 LORRPM y arts. 34.4, 148, y 153 CRPA).

Por último, en el caso de Perú resulta llamativo lo establecido en el art. XII del Título Preliminar y la Disposición Complementaria Final, 2ª y 3ª del CRPA. Y es que, según lo dispuesto aquí, éste ha entrado en vigor a nivel nacional tan solo en dos de sus componentes, sustantivo y de ejecución, quedando pendiente el componente procesal (el cual engloba, entre otras cuestiones, todo lo relativo a los sujetos procesales, las etapas del proceso, o las salidas alternativas al mismo), cuya implementación será progresiva en los diferentes distritos judiciales de Perú atendiendo a la planificación de la Comisión Multisectorial Permanente de Implementación del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes prevista en el Título III del RCRPA (arts. 212-233). De esta forma, el CRPA tiene una aplicación territorial gradual, aplicando sus componentes sustantivo y de ejecución en todo el país desde su entrada en vigor, pero, a modo de programa piloto y siguiendo

especialmente configurada para ellos. Sin embargo, el art. 20.2 del Código Penal Peruano (CPP) prevé expresamente que los menores de 18 años se encuentran exentos de responsabilidad penal. De ahí, que la doctrina jurídica peruana, entre otros, BARLETTA VILLARÁN, Mª C. *Derecho de la niñez y adolescencia*. Fondo Editorial PUCP, Lima, Perú, 2018. P. 132, indique que: “*el adolescente de 14 a 18 años de edad no es plenamente imputable, pero sí penalmente responsable*”.

un cronograma preestablecido, el componente procesal solo se incluirá en algunos distritos de Perú y, una vez evaluado su funcionamiento, se aplicará de forma uniforme a nivel nacional¹¹.

2. Principios y garantías

Según consta expresamente en la Exposición de Motivos de nuestra LORRPM (párr. I, 1 a 5), su redacción ha sido orientada por una serie de principios. Entre ellos, se alude a la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento, a las medidas socioeducativas aplicables a los infractores menores de edad, a la importancia de su interés superior, a la especial flexibilidad que caracteriza esta normativa, o al de especialización¹².

Sin embargo, como es sabido, el contenido de las exposiciones de motivos no resulta vinculante, y la LORRPM, aunque en su desarrollo hace referencia (explícita o implícita) de forma dispersa a algunos principios, como son el de intervención mínima (acogido, entre otros, en los arts. 9.1, 9.4 LORRPM), al de oportunidad (arts. 18, 19, 32, 33.b), 36, 40 o 50 LORRPM), al de legalidad (art. 43), al de resocialización (art. 55), o al acusatorio y al de proporcionalidad (contenidos respectivamente en los arts. 8.1 y 8.2 LORRPM), lo cierto es que no define ni conceptualiza ninguno de ellos, debiendo acudir a otras normas de nuestro ordenamiento o a lo indicado por la doctrina jurídica para dotarlos de contenido. De hecho, en relación al interés superior del menor, el principio rector del Derecho Penal de Menores tanto a nivel nacional como internacional y de mayor importancia en esta materia, la LORRPM tan solo se limita a indicar

¹¹ El hecho de que el CRPA se aplique de forma progresiva en distintos distritos puede suponer un trato desigual a los adolescentes peruanos en función de la zona geográfica en la que residan. Sin embargo dicho argumento queda rebatido ya que en Perú existen experiencias previas de dicho proceder, concretamente así se hizo con el Código Procesal Penal de adultos, para evitar, como había sucedido con otros textos legislativos, que una vez publicado y antes de su entrada en vigor, durante el periodo de *vacatio legis*, constantemente se fuese posponiendo su entrada en vigor argumentando ausencia de presupuesto o falta de recursos económicos para su implementación. De esta forma, con la aplicación gradual se garantiza que la ley efectivamente entrará en vigor en la fecha establecida y además, se da la oportunidad de evaluar su eficacia para poder modificar aquello que se estime que no funciona adecuadamente.

¹² Para una mayor profusión sobre los principios, *vid.* COLÁS TURÉGANO, A. *Derecho Penal de menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Pp. 109-113; GARRIDO CARRILLO, F. J. *El Proceso Penal de Menores. La justicia de menores en España*. Técnica Avicam, Fleming, Granada, 2018. Pp. 46-51.

en su Exposición de Motivos (párr. 7) que, “en el Derecho penal de menores ha de primar como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el interés superior del menor”. Y, si bien hace referencia al mismo en muchos de sus preceptos (entre otros, en los arts. 7.3, 13.1, 27, 28, 29, 36, 37, 46 o 47), no ofrece una conceptualización del mismo, debiendo atender al respecto a lo previsto en el art. 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor¹³.

En este sentido el CRPA peruano resulta mucho más profuso en tanto que sistematiza en su Título Preliminar todos los principios que rigen este sistema: responsabilidad penal especial (art. I), principio de interés superior del adolescente (art. II), principio pro adolescente (art. III), principio educativo (art. IV), principio de justicia especializada (art. V), principio de desjudicialización o mínima intervención (art. VI); debido proceso (art. VII), principio de presunción de inocencia (art. VIII); principio acusatorio (art. IX), principio de confidencialidad (art. X), y principio de proporcionalidad y racionalidad (art. XI)¹⁴. Además establece, incluso, los distintos enfoques que se habrán de tomar en consideración para la aplicación del Código: de género (art. XIII.1), de derechos (art. XIII.2), de interculturalidad (art. XIII.3), restaurativo (art. XIII.4) y, de discapacidad (art. XIII.5).

3. El principio de oportunidad y los mecanismos de salida anticipada del proceso

Una gran novedad del CRPA de Perú con respecto a la legislación anterior es la potenciación del principio de desjudicialización o mínima intervención, incentivando la adopción de medidas que eviten someter al adolescente al proceso judicial o que pongan fin al mismo sin necesidad de recurrir al juicio oral, evitando a su vez, la estigmatización del menor y la puesta en marcha del proceso, con los costes que ello supone. De esta forma, al igual que sucede en nuestro

¹³ Que fue modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, entre otros motivos, con el fin trasladar lo indicado Observación General nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, a nuestro ordenamiento jurídico, y de adecuarlo a la jurisprudencia más reciente emanada al respecto por el Tribunal Supremo.

¹⁴ Para un mayor abundamiento sobre los distintos principios y enfoques del CRPA, *vid.* BARLETTA VILLARÁN. “Derecho de la niñez...”. *Op. Cit.* Pp. 140-146; VILLEGAS PAIVA, E. *El nuevo proceso por responsabilidad penal de los adolescentes*. Gaceta Jurídica, Lima, 2018. Pp. 36-135.

país ante mecanismos como el desistimiento por corrección en el ámbito familiar (art. 18 LORRPM) o la conciliación y reparación entre el menor y la víctima (art. 19 LORRPM), también en Perú es posible que aquellos adolescentes que han cometido una infracción a la ley penal de escasa entidad no sean sometidos al proceso penal¹⁵. En su lugar, una vez que su situación individual y familiar sea valorada por Equipo Interdisciplinario, y si así resulta recomendable, se puede aplicar la figura de lo que se denomina “la remisión fiscal” y ser derivado al Programa de Justicia Juvenil Restaurativa o alguno similar, siempre que el adolescente y sus representantes legales den su consentimiento (arts. 129 a 136 CRPA)¹⁶.

4. La figura del Equipo Técnico y de los Equipos Técnicos Interdisciplinarios

Nuestra LORRPM recoge la figura del Equipo Técnico, el cual tiene un carácter interdisciplinario y normalmente se encuentra integrado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales¹⁷. Su función principal es asesorar al Fiscal y al Juez de Menores mediante la elaboración del informe previsto en el art. 27 LORRPM sobre la situación psicológica, educativa, familiar o social del menor, y en general, cualquier otra circunstancia que considere relevante para recomendar la adopción de una medida educativa concreta (art. 27 LORRPM y art. 4 RLORRM). Por tanto, en España existe tan solo un Equipo Técnico que suele ser el mismo en todas las fases del proceso, dando cabida, en su caso, a la Entidad Pública encargada de la ejecución (arts. 27 y 49 LORRPM). Sin embargo, en Perú, se le añade a su denominación la calificación de “interdisciplinario” y, aunque las

¹⁵ En Perú cuando el Ministerio Público, es decir, el Fiscal de Familia, recibe la *notitia criminis* sobre una infracción penal cometida por un adolescente, tiene tres posibilidades de actuación, a saber: archivarlo si se reúnen las exigencias para ello; ejercer el mecanismo de la remisión fiscal e insertar al menor en el Programa de Justicia Juvenil Restaurativa o alguno similar (si el adolescente y sus representantes legales dan su consentimiento y si se reúnen los requisitos para ello); o “denunciar”, esto es, abrir proceso penal y remitir el caso desde el Ministerio Público al Poder Judicial.

¹⁶ Para una mayor información, *vid.* Reglamento Interno del Programa “Justicia Juvenil Restaurativa”, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación el 8 de mayo de 2014, disponible en “documentos” en la pág. web del Ministerio Público dedicada a este programa: [<https://www.mpf.n.gob.pe/justiciaruvenilrestaurativa/>], (consultada a fecha de 17 de septiembre de 2019).

¹⁷ No obstante, según dispone el art. 4.1 RLORRM, “*podrán también incorporarse de modo temporal o permanente a los equipos técnicos otros profesionales relacionados con las funciones que tienen atribuidas, cuando las necesidades planteadas lo requieran y así lo acuerde el órgano competente*”.

funciones son esencialmente las mismas, también ha de estar compuesto por médicos, existiendo no un equipo, sino, tres: un Equipo Técnico Interdisciplinario del Ministerio Público, otro del Poder Judicial y, otro del Centro Juvenil e, incluso también, equipos interdisciplinarios encargados de desarrollar el programa de justicia juvenil restaurativa y/u otros existentes (arts. 30 y 31 CRPA y arts. 11 a 33 RCRPA).

5. Medidas susceptibles de ser impuestas

Nuestra LORRPM, en su Título II bajo la rúbrica “*De las medidas*”, establece la regulación de las distintas medidas susceptibles de ser impuestas a un menor por la comisión de un hecho delictivo, así como los distintos criterios que han de guiar su aplicación (arts. 7 a 15 LORRPM). Concretamente, el art. 7 de LORRPM ofrece un amplio catálogo de medidas, según expresa literalmente, “*ordenadas según la restricción de derechos que suponen*”¹⁸, a saber: a) Internamiento en régimen cerrado; b) Internamiento en régimen semiabierto; c) Internamiento en régimen abierto; d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto; e) Tratamiento ambulatorio; f) Asistencia a centro de día; g) Permanencia de fin de semana; h) Libertad vigilada, con distintas obligaciones; i) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez; j) Convivencia con otra persona familia o grupo educativo; k) Prestaciones en beneficio de la comunidad; l) Realización de tareas socioeducativas; m) Amonestación; n) Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas; ñ) Inhabilitación absoluta.

Dicha enumeración no es abierta, sino que constituye un *numerus clausus*, no siendo posible que el Juez de Menores adopte otras medidas no incluidas en el listado del art. 7.1 LORRPM¹⁹. Y, si bien la LORRPM tan solo se limita a enumerarlas,

¹⁸ Lo cual es discutido por la doctrina. Así por ejemplo, COLÁS TURÉGANO. “*Derecho Penal de...*”. *Op. Cit.* Pp. 223-224, argumenta que, si bien el art. 7 LORRPM dice ofrecer un orden de mayor a menor restricción de derechos, no puede afirmarse que la inhabilitación absoluta, citada en último lugar, “*sea la menos restrictiva, puesto que alguna de las relacionadas con anterioridad resultan menos aflictivas, debiendo el legislador haber puesto mayor cuidado en la redacción*”.

¹⁹ Compartiendo lo expresado por GARRIDO CARRILLO, F. J., *El Menor infractor. Tratamiento procesal penal*. Avicam, Granada 2015. P. 112.

sin atender a ningún criterio de clasificación, suele haber coincidencia en el seno de la doctrina jurídica al considerar que de entre todas ellas, las privativas de libertad son el internamiento ordinario y el terapéutico en todos sus regímenes, así como la medida de permanencia de fin de semana (en centro o en domicilio), siendo las restantes medidas de intervención en medio abierto²⁰.

Por su parte, en Perú, los arts. 148 a 167 y 168 a 183 CRPA también establecen un catálogo de medidas socioeducativas susceptibles de ser impuestas al adolescente infractor, así como los distintos los criterios que han de guiar su aplicación. Pero, a diferencia de lo que ocurre en España, los arts. 156 y 157 CRPA las clasifican en:

- Medidas no privativas de libertad: amonestación (art 158 CRPA); libertad asistida (art. 159 CRPA); prestación de servicios a la comunidad (art 160 CRPA); y, libertad restringida (art 161 CRPA).
- Internación en un centro juvenil (arts. 162 a 167 CRPA)²¹.
- Medidas accesorias a las no privativas de libertad (art. 157 CRPA): fijar un lugar de residencia determinado o cambiar de lugar de residencia al actual; no frecuentar a determinadas personas; no frecuentar bares, discotecas o determinados centros de diversión, espectáculos u otros lugares señalados por el Juez; no ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa; matricularse en una institución educativa (pública o privada) o en otra cuyo objeto sea la generación de un oficio o profesión; desempeñar una actividad laboral o formativa laboral; siempre que sea posible su ejecución y se adecúe a la legislación sobre la materia; no

²⁰ Es por ello que algunos autores proponen diversas clasificaciones de las medidas, siendo la más común aquella que las subdivide en: medidas de internamiento, medidas de medio abierto y, medidas de ejecución directa por el Juez. Sobre este particular, *vid.* COLÁS TURÉGANO. “*Derecho Penal...*”. *Op. Cit.* Pp. 223-224; GARRIDO CARRILLO. “*El Menor infractor...*”. *Op. Cit.* Pp. 111-112.

²¹ De forma similar a lo establecido en el art. 7.2 LORRPM, al prever que la medida de internamiento en todos sus regímenes se compone de un primer periodo que se lleva a cabo en el centro correspondiente, y un segundo periodo que se lleva a cabo en régimen de libertad vigilada, el art. 181 CRPA, establece un periodo de seguimiento posterior a la medida de internación, pero en este caso su duración siempre será de 6 meses y se deberá contar con el consentimiento del adolescente.

consumir o ingerir bebidas alcohólicas o drogas; internar al adolescente en un centro de salud, público o privado, para un tratamiento desadictivo; participar en programas educativos o de orientación; y, otras que el Juez considere adecuada y fundamente en la sentencia condenatoria²².

Aunque el CRPA no las enumera dentro del catálogo mencionado, por no ser medidas socioeducativas sino de coerción procesal, especialmente dirigidas a estados de flagrancia y a casos donde existe peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, a las citadas habríamos de sumar: detención, arresto ciudadano, detención preliminar judicial, suspensión preventiva de derechos, internación preventiva, comparecencia e internación domiciliaria (arts.39 a 70 CRPA)²³.

A grandes rasgos podríamos decir que, en esencia, las medidas susceptibles de ser aplicadas en el proceso penal de adolescentes peruano, no distan en demasía de las previstas para el español. De hecho, el CRPA precisa que tan solo podrá someterse al adolescente a las medidas socioeducativas contenidas en el mismo, por lo que dicha enumeración tampoco es abierta (arts. 148, 156 y 157 CRPA). De esta forma, en ambos sistemas se permite que el Juez, auxiliado por la información aportada por el Equipo Técnico (o Técnico Interdisciplinario), dentro de los límites establecidos en la LORRPM y el CRPA, atendiendo siempre al interés superior del menor, seleccione la medida que considere más adecuada al caso concreto dentro de la pluralidad ofrecida.

6. La modificación de medidas durante la ejecución

Nuestra LORRPM permite que la medida impuesta al menor pueda ser modificada, dejándola sin efecto o reduciendo su duración, sustituyéndola por otra o, incluso, suspendiéndola antes de que se inicie su ejecución, siempre que se reúnan los requerimientos expresados en la ley (art. 13, 51.1 y 40). En Perú, el Decreto Legislativo N° 1204, de 23 de septiembre de 2015 (actualmente derogado), introdujo en el art. 237 CNA la facultad del juzgador para, de oficio o a instancia

²² Medida accesoria muy semejante a la 7ª regla de la libertad vigilada establecida en el 7.1, h) LORRPM: *“Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado”*.

²³ Asimilándose a la previsión sobre detención y medidas cautelares de los arts. 7, 17, 28 y 29 LORRPM.

de parte, variar la sanción de internación por otra de menor gravedad, reducir su duración o dejarla sin efecto durante la etapa de ejecución de sentencia²⁴. Sin embargo no ha sido hasta la promulgación del CRPA vigente cuando la variación se ha introducido también para las medidas de medio abierto. Siendo así que en la actualidad, se contemplan varias posibilidades que podrían suponer una modificación de la medida inicialmente impuesta, bien sustituyéndola por otra, reduciendo su duración o dejándola sin efecto: modificación de la medida socioeducativa no privativa de libertad (art. 154 CRPA), variación de la internación (art. 164 CRPA y arts. 162-164 RCRPA), y beneficio de semilibertad durante la internación (art. 174 CRPA y art. 170 RCRPA). Si bien no contempla la posibilidad de la suspensión de la ejecución del fallo.

III. CONCLUSIÓN FINAL

Con todo, y dadas las semejanzas constatadas, podemos concluir que, efectivamente, la tendencia a nivel internacional y comparado es el establecimiento de una estrategia común mínimamente compartida por los distintos sistemas de justicia juvenil de los diferentes países, resultando innegable que uno de los sistemas justicia juvenil que se tomó como referencia en la redacción del CRPA fue el español.

Bibliografía

BARLETTA VILLARÁN, M.^a C. *Derecho de la niñez y adolescencia*. Fondo Editorial PUCP, Lima, Perú, 2018.

CÁMARA ARROYO, S. "Sanciones en los sistemas de justicia juvenil: visión comparada (especial referencia a los sistemas de responsabilidad penal de menores de España y Colombia)". *Derecho y Cambio Social*, 2016.

COLÁS TURÉGANO, A. *Derecho Penal de menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

²⁴ Al respecto, *vid.* GARCÍA HUAYAMA, J. C. "Las sanciones para los adolescentes infractores de la ley penal. (Comentarios al Decreto Legislativo N° 1204 que modifica el Código de los de los Niños y Adolescentes)". *Derecho y Cambio Social*, 2016. P. 32.

GARCÍA HUAYAMA, J. C. "Las sanciones para los adolescentes infractores de la ley penal. (Comentarios al Decreto Legislativo N° 1204 que modifica el Código de los de los Niños y Adolescentes)". *Derecho y Cambio Social*, 2016. Pp. 1-35.

GARRIDO CARRILLO, F. J. *El Menor infractor. Tratamiento procesal penal*. Avicam, Granada 2015.

GARRIDO CARRILLO, F. J. *El Proceso Penal de Menores. La justicia de menores en España*. Técnica Avicam, Fleming, Granada, 2018.

PÉREZ VAQUERO, C. "La justicia juvenil en el Derecho Internacional". *Revista Derecho y Cambio Social*, n° 36, 2014. Pp. 1-19.

VILLEGAS PAIVA, E. *El nuevo proceso por responsabilidad penal de los adolescentes*. Gaceta Jurídica, Lima, 2018.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DH EN MÉXICO Y SU IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA

Elba Jiménez Solares¹

Profesora de la Universidad Nacional Autónoma de México

y

Luis Ernesto Orozco Torres²

Profesor de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez (México)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Contenido, características y efectos de las sentencias de la CoIDH. III. LA TEORÍA DEL CONTROL Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 1. La Teoría del Control. 2. El Control de la Convencionalidad. IV. EL RECONOCIMIENTO DE LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011. 1. La Reforma constitucional de 10 de junio de 2011. 2. El parámetro de regularidad constitucional, la interpretación conforme y el Principio pro Persona. V. LA IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. VI. CONCLUSIONES.

¹ Doctora en Derechos Humanos por la UNED (España). Catedrática en el Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Fiscalía General de la República (México).

² Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (España). Investigador Nacional Nivel 1 en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Chihuahua.

I. INTRODUCCIÓN

La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido un tanto diversa. En el Derecho mexicano aún no se cuenta con una regulación específica ni con un procedimiento especial en materia de implementación de sentencias internacional, a pesar de que a la fecha, México ya cuenta con varias resoluciones internacionales a las que debe dar cumplimiento. No obstante, con motivo de la implementación de dichas sentencias, el Estado Mexicano se ha visto impactado enormemente tanto en la conformación de su sistema de justicia como en cuanto a su estructura y funciones.

II. CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado internacional de derechos humanos que de acuerdo con la Opinión Consultiva OC-02/82³ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de carácter *sui géneris* ya que dichos tratados internacionales establecen relaciones jurídicas extracontractuales, pues su objeto y fin principal no es establecer derechos y obligaciones entre las Partes, sino más bien proteger los derechos humanos de todas las personas que se encuentran sometidos a las mismas Partes.

En ese orden de ideas, podemos agregar que los contenidos de las normas de derechos humanos convencionales contenidas en el Pacto de San José de

³ Opinión Consultiva OC-2/82: “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio recíproco de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-02/82,...

Costa Rica, tienen las características de ser normas consideradas valiosas, universales, de amplio reconocimiento por la comunidad internacional, además de vinculantes e imperativas para todos. Asimismo, los contenidos de estas normas implican derechos inalienables, de igual valor, de carácter progresivo, indivisibles e interdependientes para todos los seres humanos, por lo que, en principio, no pueden ser suspendidos o retirados dichos derechos.

Los Estados partes en virtud de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos asumen el deber de desarrollarla en su derecho doméstico y dotarle de eficacia, promoviendo así la armonización y colaboración entre los diferentes sistemas jurídicos a partir de un objetivo común: la protección y respeto de los derechos humanos de todas las personas.

2. Contenido, características y efectos de las sentencias de la CoIDH

Conforme a lo dispuesto en la Convención Americana, la Comisión y la Corte Interamericanas son los órganos competentes para llevar a cabo el control de la protección de los derechos humanos consagrados en dicho tratado⁴.

Recordemos que una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una norma jurídica internacional, que no tiene las mismas características que tiene una sentencia que dicta un tribunal nacional, pues los efectos de la sentencia internacional trasciende a las partes en la controversia, mediante el establecimiento de la jurisprudencia internacional⁵, de ahí que las sentencias internacionales sean una importante fuente de obligaciones no sólo para los Estados que han aceptado someterse a su jurisdicción⁶, sino también para otros sujetos de derecho internacional.

Las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos, además de resolver una controversia mediante la aplicación e interpretación de la Convención Americana, determinan la responsabilidad y los deberes a cargo del Estado considerado responsable, y cumplen la función principal de proteger los

⁴ Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Artículo 33.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82.

⁶ Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Artículo 68.1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

derechos humanos de las personas⁷, reparar el daño a la víctima de las violaciones de derechos humanos sufridas, así como también prevenir la comisión de más violaciones a derechos humanos.

III. LA TEORÍA DEL CONTROL Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La teoría del control existente en el ámbito internacional⁸, sin duda ha encontrado su mayor desarrollo en lo que ahora conocemos como el Control de la Convencionalidad en materia de derechos humanos.

1. La Teoría del Control

Al día de hoy es indiscutible que los Estados Parte de un tratado internacional tienen el deber ineludible de cumplir con sus compromisos internacionales y que no pueden invocar cuestiones o compromisos de carácter interno para dejar de cumplir con sus deberes internacionales. Todo lo anterior se sustenta tanto en el Principio del Efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados, así como en el Principio del *Pacta Sunt Servanda* que dispone que todo tratado en vigor debe ser cumplido por las partes de buena fe, e igualmente, con lo que se pregona con respecto a las relaciones entre el Derecho interno y la observancia de los tratados, mismo que dispone que los Estados no pueden invocar cuestiones de carácter interno para dejar de cumplir con compromisos internacionales, todos ellos, principios previstos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados⁹.

⁷ Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Art. 63.

⁸ Ver Becerra Ramírez, Manuel, El control de la aplicación del Derecho internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013.

⁹ Convención de Viena de 1969, Sobre el Derecho de los tratados celebrados entre Estados: Art. 26. "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por otro lado, mismos contenidos se han recogido en diferentes normas jurídicas internacionales, tales como la jurisprudencia de la misma Corte en la Sentencia del caso "La cantuta Vs. Perú" de fecha 29 de noviembre de 2006, donde expresó que dicho principio se encuentra recogido en el artículo 2 de la Convención Americana y constituye una obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho doméstico mediante medidas de derecho interno efectivas, a fin de garantizar que los derechos en ella consagrados sean efectivos, esto implica entre otras cosas: *supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*¹⁰...

En ese orden de ideas, este principio internacional de obligatorio cumplimiento, obliga a los Estados a llevar a cabo modificaciones a sus ordenamientos internos y demás adecuaciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para dar plena eficacia a los tratados en vigor, que es en pocas palabras, dar protección y garantía a los derechos humanos ahí reconocidos¹¹.

¹⁰ 171. En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

172... Por ello, la corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías...

¹¹ Así por ejemplo, tenemos los siguientes:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 2, párrafo 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 2, párrafo 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Declaración Americana de Derechos Humanos: Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no

Mismo principio lo vemos recogido en varias resoluciones de mecanismos supervisores de derechos humanos, tales como las del Comité de Derechos Humanos quien señaló que es una facultad de los Estados la elección del método de aplicación de los tratados en el ámbito interno y que puede incluir reformas constitucionales y de carácter legislativo o de otro tipo, tales como las de carácter administrativo, financiero, educacional y social, e incluso, recursos judiciales¹².

2. El Control de la Convencionalidad

El término *Control de Convencionalidad* tuvo su origen en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que recayó al Caso Almonacid Arellano vs. Chile, el 26 de septiembre del 2006, en donde el Juez Sergio García Ramírez señaló en su párrafo 124 que los jueces como parte del aparato del Estado están obligados a realizar un Control de la Convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y lo que dispone la Convención y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana¹³.

estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹² Observación General número 3 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, Artículo 2 - Aplicación del Pacto a nivel nacional: El Comité observa que ... *el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes... Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables... Otras medidas que también cabe considerar "apropiadas" a los fines del párrafo 1 del artículo 2 incluyen, pero no agotan, las de carácter administrativo, financiero, educacional y social.*

¹³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano vs. Chile: Párrafo 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos ... están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CA, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, ... les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la CA no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos... el PJ debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CA..., el PJ debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CoIDH, intérprete última de la CA.

Igualmente, la Corte Interamericana señaló que es deber de los órganos del Poder Judicial realizar el Control de Convencionalidad¹⁴, posteriormente afirmó que cualquier autoridad pública y no solamente el Poder Judicial tienen el deber de realizar el Control de Convencionalidad¹⁵ y finalmente, también expresó que es deber de los Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles realizar el Control de Convencionalidad¹⁶.

Lo anterior nos permite afirmar que el Control de Convencionalidad trae aparejadas varias obligaciones para los Estados y para todas sus autoridades, entre las más relevantes: creación de procedimientos para la incorporación de normas convencionales en el ordenamiento jurídico interno a fin de aplicar el tratado internacional en cuestión; la derogación o abrogación de normas que se opongan al tratado internacional (armonización del sistema jurídico nacional con el internacional); la realización diagnósticos sobre los derechos regulados por los TI y por el ordenamiento jurídico nacional; la creación de instituciones, órganos y reorganización de competencias de autoridades en todos los niveles de gobierno; la adopción de medidas de prevención a violaciones de DH, la atribución de funciones y facultades de investigación, de sanción y de reparación de tales violaciones para las autoridades nacionales; el establecimiento de procedimientos útiles, eficaces y efectivos y creación de conceptos y figuras jurídicas; la asignación de recursos, capacitación de personal; y algunas otras adecuaciones legislativas y/o la expedición de protocolos de actuación o algún otro tipo de instrumento normativo; la implementación de políticas públicas; etcétera; así como también, la modificación de los criterios jurisprudenciales de los tribunales a fin de que sean armónicos con el contenido de la Convención Americana y su jurisprudencia.

Todo lo anterior nos permite observar que con motivo del cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado en el ámbito internacional, le implica llevar a cabo no sólo una serie de reformas legislativas de tipo fundamental, también grandes transformaciones en cuanto a su estructura y organización, así como

¹⁴ Casos: Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú) 24, nov. 2003; Rosendo Radilla vs. México (2009), Fernández Ortega y otros vs. México (2010), y Rosendo Cantú y otra vs. México (2010).

¹⁵ Caso Gelman vs. Uruguay (2011).

¹⁶ Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010).

la revisión de los deberes, funciones y atribuciones de sus diferentes servidores públicos, a saber: tanto del ámbito legislativo, como ejecutivo y jurisdiccional para hacerlos armónicos. En el caso mexicano, implica que también el deber de que las autoridades denominadas organismos constitucionalmente autónomos¹⁷ también ajusten su actuar, para que den cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado en sus respectivos ámbito de competencia, me refiere fundamentalmente entre otros, a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos así como el Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública, el Instituto Nacional Electoral, por citar algunos.

IV. EL RECONOCIMIENTO DE LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011

Podríamos considerar que desafortunadamente, sólo las normas internacionales convencionales de derechos humanos han sido incorporadas de manera automática en nuestro país, no así el resto de las normas internacionales que vinculan al Estado mexicano. Lo anterior, se dio mediante una reforma a la Constitución Federal en 2011, en virtud de la cual nuestro país reconoció los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que es Parte ampliando el catálogo de derechos humanos.

1. La Reforma constitucional de 10 de junio de 2011

Como ya lo mencionamos, el 10 de junio de 2011 se publicó una reforma a nuestra Carta Fundamental, en donde se reconocieron los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que nuestro país es parte,

¹⁷ Hiram Escudero señala que son “Órganos creados inmediata y fundamentalmente en la Constitución, y que no se adscriben a los poderes tradicionales del Estado. Son órganos de equilibrio constitucional y político cuyos criterios de actuación son preservar la organización y el funcionamiento constitucional”. Estos son actualmente: Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información (INEGI), Banco de México (BANXICO), Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Instituto Nacional Electoral (INE), Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEE), Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y la Fiscalía General de la República (FGR). En *Los Desafíos de la Seguridad pública en México*, Peñaloza, Pedro José y otros, Coordinador, Coed. UAM, PGR y Universidad Iberoamericana, México, 2002, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/419/7.pdf>

complementando el catálogo de derechos humanos que tenemos en nuestra norma fundamental. Además, en dicha reforma se estableció el deber constitucional general de todas sus autoridades, de que en el ámbito de su competencia, promuevan protejan, respete y garanticen los derechos humanos de todas las personas en México, así como también se reconoció el deber del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley¹⁸.

2. El parámetro de regularidad constitucional, la interpretación conforme y el Principio pro Persona

En México se ha denominado parámetro de regularidad constitucional a todo el catálogo ampliado de derechos humanos contenido en la norma constitucional y en los tratados internacionales en los que México es parte que constituyen todas las normas fundamentales que rigen y fundamentan todo el sistema jurídico mexicano.

Cabe destacar que en nuestro ordenamiento jurídico interno, mediante mandato constitucional se ha establecido el deber de todas las autoridades de interpretar las normas de derechos humanos conforme a la Constitución Federal y el reconocimiento de la aplicación de principio *Pro Persona*¹⁹, situación que

¹⁸ En el artículo 1º de nuestra norma fundamental se lee: En los EUM todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

¹⁹ Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental. Si bien la reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal, publicada en el DOF 10/junio/2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de DH, así como con la interpretación más favorable a la

no necesariamente ha implicado el establecimiento de un sistema jurídico más garantista, ya que en virtud de dicha interpretación conforme y la aplicación del mencionado principio no es posible al día de hoy hacer a un lado las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Tal cuestión que ha sido reafirmada en forma enfática mediante jurisprudencia de nuestro Máximo tribunal²⁰.

Es así que en México no es posible la invocación ni de la jurisprudencia internacional, ni la aplicación del principio Pro Persona, ni de normas convencionales

persona al orden constitucional -principio pro persona o pro homine-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función. Décima Época, Registro: 2006485, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario, Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a./J. 56/2014 (10a.), página: 772.

²⁰ Derechos Humanos. Contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de DH cuyas fuentes son la Constitución y los TI de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de DH, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los DH, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de DH previsto dentro de la CPEUM, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los DH, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano. Época: Décima Época, Registro: 2006224, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), página: 202.

de derechos humanos contenidos en tratados internacionales en vigor para México, para poder hacer a un lado o nulificar las restricciones constitucionales, en todo caso, nuestro máximo tribunal ha señalado que prevalece lo dispuesto en el precepto constitucional.

V. LA IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

De las poco más de 1930 resoluciones dictadas a la fecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de casos contenciosos sometidos a su jurisdicción, 92 resoluciones²¹ han sido dictadas con respecto a México en relación a 11 casos sometidos²².

No nos cabe duda que todas las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para el Estado mexicano, como ya lo señalamos en virtud del Control de Convencionalidad, sin embargo en México, esto no es un criterio del todo aceptado, lo que coloca a nuestro país en una situación de potencial responsabilidad internacional por la muy probable falta de cumplimiento a sus compromisos internacionales.

En cuanto hace a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y su implementación en México, sus contenidos reciben más o menos el mismo tratamiento que tienen las normas convencionales, esto es, que la jurisprudencia internacional no puede ser invocada en México si resulta ser contraria a la jurisprudencia que dicte nuestro máximo tribunal y menos aún si va en contra de restricciones constitucionales.

²¹ Ver <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

²² Alvarado Espinoza y otros, Sentencia de 28 de noviembre de 2018; Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco, Sentencia de 28 de noviembre de 2018; Trueba Arciniega y otros, Sentencia de 27 de noviembre de 2018; García Cruz y Sánchez Silvestre, Sentencia de 26 de noviembre de 2013; Cabrera García y Montiel Flores, Sentencia de 26 de noviembre de 2010; Rosendo Cantú y otra, Sentencia de 31 de agosto de 2010; Fernández Ortega y otros, Sentencia de 30 de agosto de 2010; Radilla Pacheco, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009; Castañeda Gutman, Sentencia de 6 de agosto de 2008; González y otras (“Campo Algodonero”), Sentencia de 16 de noviembre de 2009 y Alfonso Martín del Campo Dodd, Sentencia de 03 de septiembre de 2004.

No obstante lo anterior, con motivo del cumplimiento de varias sentencias de la Corte Interamericana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha dado a la tarea de emitir varios criterios jurisprudenciales, tesis y protocolos de actuación para sus juzgadores, pero siempre pronunciándose en el sentido de mantener las restricciones constitucionales. En su momento, derivado de una contradicción de tesis 293/2011, sentó jurisprudencia y expresó si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos era vinculante para el Estado mexicano, ésta no puede ser invocada en contra de las restricciones constitucionales.

Por otra parte, cabe destacar que, en su momento se ha pronunciado por la negativa de llevar a cabo un Control de Convencionalidad de su propia Jurisprudencia con relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana²³, lo que nos coloca igualmente en una potencial responsabilidad internacional.

²³ Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la CADH,... La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona...mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) ...criterio se haya emitido en un caso ...el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los DH.

Época: Décima Época, Registro: 2006225, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.).

Derechos humanos reconocidos tanto por la CPEUM, como en los tratados internacionales. Para determinar su contenido y alcance debe acudir a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la SCJN, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la CPEUM no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.).

En cuanto a la implementación de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en México, relacionada con temas de procuración y administración de justicia tenemos lo siguiente:

Se han dado una serie de reformas legislativas en materia penal, como fue la misma reforma constitucional de 18 de junio de 2008 y la reforma constitucional de 6 de junio de 2011 en materia de amparo y la de 10 de junio del mismo año en materia de derechos humanos.

Así mismo, se han dado un gran número de leyes reglamentarias y secundarias en materia penal tales como el Código Nacional de Procedimientos Penales, nuestra Ley de Amparo en la relativo a facilitar la protección contra violaciones graves a los derechos humanos como la desaparición forzada y la tortura, entre otros, así mismo, muchas disposiciones penales y criterios de nuestros tribunales federales relativos a los derechos del imputado, donde se recogen figuras como la Cláusula Miranda y derechos como el derecho a negarse a declarar, el que haya una precisión de un tiempo para juzgar, a tener un abogado defensor, a no ser víctima de tratos prohibidos o malos tratos y tortura, a la exclusión de la prueba ilícita, a ser juzgado por un tribunal competente, ordinario e imparcial, a poder contar con recursos útiles y efectivos para proteger derechos humanos, a contar con recurso sencillos y rápidos y tener la posibilidad real de interponerlos, al reconocimiento de los derechos de garantías judiciales y de protección judicial para el proceso y al control de los procedimientos previos a la autoridad jurisdiccional como la actuación del fiscal en la etapa de investigación, al control judicial durante la detención, al dictado de medidas cautelares bajo control judicial, entre otros.

Con relación a la víctima, al reconocimiento de su calidad de parte en el proceso penal, al reconocimiento a su derecho a la reparación integral del daño, e la víctima, al reconocimiento a su derecho a impugnar las actuaciones del fiscal y de los jueces, a participar en las indagatorias, derecho a conocer la verdad y a la justicia ante las autoridades competentes, recursos adecuados y efectivos, poder impugnar la competencia de la autoridad que conozca, amplia posibilidad de ser oída y actuar en los respectivos procesos, tanto en el esclarecimiento de los hechos como en el castigo a los responsables y en la reparación del daño, que denuncie, a que se querellen, presenten pruebas, que participen procesalmente en la investigación penal, que tengan asesoría jurídica en la denuncia y durante

el proceso, a solicitar y tener copia de la Averiguación previa y que no sea sujeta a reservas de confidencialidad; entre otras.

Así mismo, como parte del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, se ha dado una tendencia a la elaboración de protocolos de actuación y de investigación, tanto por el poder ejecutivo como el judicial, así como la emisión de diferentes manuales de operación para las instituciones en donde se han recogido un sinnúmero de criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto para los funcionarios de las fiscalías como del poder judicial, no así se observa la existencia de un control convencional para el poder legislativo en cuanto a su labor y más particularmente en las reformas constitucionales que lleva a cabo.

El impacto de la jurisprudencia internacional en México se ha visto reflejada en los servicios de procuración de justicia como lo son la labor pericial, la de investigación y la policial. Igualmente, en el ámbito de la impartición de justicia, al día de hoy ya encontramos varias resoluciones judiciales que recogen criterios de la Corte Interamericana con respecto a la investigación de delitos, la valoración de las pruebas, el reconocimiento de principios y criterios interpretativos tales como la perspectiva de género, violencia de género, interés superior del menor, el interés legítimo, y muchos también relacionados con lo que se conocen como violaciones graves a derechos humanos y el tratamiento a las víctimas de tales violaciones en casos de desaparición forzada, tortura, violencia sexual, trata de personas, violencia de género, etcétera.

Por ejemplo, se ha dado un avance en cuanto al reconocimiento en México de casos de violación sexual en casos paradigmáticos de violencia en contra de la mujer, entendiéndola como un tipo de violencia que trascienden a la persona de la víctima, y que bajo ciertas condiciones puede constituir una forma de sufrimiento físico o mental severo en la modalidad de una forma de tortura.

No obstante todo lo anterior, resta destacar que en México, la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana no han podido anular varias de las restricciones constitucionales que tenemos a la fecha, a saber: en materia de restricciones a los derechos de los imputados por delincuencia organizada (determinación de la prisión preventiva oficiosa, el arraigo, la extinción de dominio y venta anticipada de los bienes), la excepción existente en materia de detención

bajo la figura de la flagrancia, la persistencia del fuero militar, la limitación de los derechos humanos de los ciudadanos en materia de seguridad pública con motivo de la creación de la Guardia Nacional como institución civil compuesta por militares, y en materia laboral, en el caso de los servidores públicos referidos en el artículo 123 constitucional, Apartado B, fracción XIII (militares, fiscales, policías, cuerpo diplomático).

VI. CONCLUSIONES

En México no contamos con un procedimiento legal respecto a la forma de incorporar y dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tampoco se tiene aún un procedimiento preciso y claro en torno a la forma de cumplimiento de las sentencias por parte de los tribunales nacionales ni por las demás autoridades y órganos del Estado.

La implementación de los contenidos de las sentencias en México ha sido de forma muy diversa, bien mediante reformas constitucionales, reformas legales, elaboración de protocolos de actuación tanto para la investigación como para el juzgamiento de casos, así como mediante la modificación de criterios de tribunales, entre otras formas.

No obstante lo anterior, el Estado mexicano ha afirmado de manera clara el mantenimiento de las restricciones constitucionales, mismas que al final de cuentas constituyen una barrera infranqueable para el reconocimiento pleno y la protección absoluta de los derechos humanos en México en armonía con los contenidos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bibliografía

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, El control de la aplicación del Derecho internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013.

PEÑALOZA, Pedro José y otros, Coordinador, Los Desafíos de la Seguridad pública en México, Coed. UAM, PGR y Universidad Iberoamericana, México, 2002, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/419/7.pdf>

Instrumentos jurídicos internacionales

Convención de Viena de 1969, Sobre el Derecho de los tratados celebrados entre Estados
Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Observación General número 3 del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82.

_____, Sentencia Caso Almonacid Arellano vs. Chile.

_____, Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú)
24, nov. 2003.

_____, Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009.

_____, Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de
2010.

_____, Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

_____, Caso Gelman vs. Uruguay (2011).

_____, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de no-
viembre de 2010.

_____, Alvarado Espinoza y otros, Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

_____, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco, Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

_____, Trueba Arciniega y otros, Sentencia de 27 de noviembre de 2018.

_____, García Cruz y Sánchez Silvestre, Sentencia de 26 de noviembre de 2013.

_____, Castañeda Gutman, Sentencia de 6 de agosto de 2008.

_____, González y otras ("Campo Algodonero"), Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

_____, Alfonso Martín del Campo Dodd, Sentencia de 03 de septiembre de 2004.

Diario Oficial de la Federación de fecha de junio de 2011.

Jurisprudencia nacional

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental. Décima Época, Registro: 2006485, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a./J. 56/2014 (10a.), página: 772.

_____, Derechos Humanos. Contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Época: Décima Época, Registro: 2006224, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), página: 202.

_____, Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Época: Décima Época, Registro: 2006225, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.).

_____, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derechos humanos reconocidos tanto por la CPEUM, como en los tratados internacionales. Para determinar su contenido y alcance debe acudir a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia. Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.).

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL EUROPEA¹

Mar Jimeno Bulnes

Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Burgos)

I. INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar mi contribución en la presente obra colectiva quisiera destacar *ab initio* la participación que en su día tuvo el profesor ahora homenajeado en la temática objeto de examen por mi parte. No en vano el Profesor Martín Ostos se ocupó en editar el Liber Amicorum al Profesor Faustino Gutiérrez-Alviz Conradí bajo el título *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo* (Atelier, Barcelona 2013). Dicho volumen reunió a la fecha 24 trabajos² en materia de cooperación judicial civil y penal además de aquellos dedicados al examen de la perspectiva orgánica de la cooperación judicial³, temática sobre la que también versarán las siguientes líneas. Por ello desde aquí mi más sincero agradecimiento

¹ Desde aquí quiero mostrar públicamente mi reconocimiento al profesor José Martín Ostos, en agradecimiento a su apoyo y amistad durante estos años; también, mi agradecimiento a la profesoras que coordinan la presente obra colectiva, así como en su día organizaron el correspondiente congreso antecedente de la misma, por su invitación a colaborar: profesoras Pilar Martín Ríos y M^{re} Angeles Pérez Marín. La presente contribución se enmarca dentro de diversos proyectos investigadores y así financiados por la Comisión Europea – DG Justicia “*Lawyers for the protection of fundamental rights (Lawyers4Rights)*” (Ref.JUST-JTRA-EJTR-AG-2017-806974) como españoles del Plan Nacional “Un paso adelante en la consolidación del espacio judicial europeo y su aplicación en España: visión desde el proceso civil y penal” (Ref. DER2015-71418-P) y autonómico “Los protagonistas del futuro proceso penal en el marco de la Unión Europea” (Ref. BU092G18), de los que la autora es investigadora principal.

² Entre ellos el mío y por ello mi agradecimiento, así JIMENO BULNES, M. “El modelo de espacio judicial europeo en materia penal antes y después de Lisboa: ¿justicia *versus* seguridad o seguridad *versus* justicia?” en pp. 311-321, a pesar de la ausencia de 123 notas a pie de página.

³ Así, de modo fundamental, REVILLA PÉREZ, L. “El secretario judicial y la cooperación jurídica internacional” en pp. 403-420, el que será citado igualmente a continuación.

por su deseo de poner de relieve la importancia del Derecho Procesal europeo dentro del conjunto del Derecho Procesal constituyendo dicho volumen uno de los primeros ejemplares dedicados de modo especial a esta singular rama de nuestro área de conocimiento e iniciando un camino en dicha línea de estudio por la literatura procesal española⁴.

El propósito de este trabajo es exponer el papel de la Administración de Justicia española en el desarrollo de la cooperación judicial europea en respuesta al título aquí elegido. Por tanto, el ámbito geográfico al que se realizará ahora referencia es el de la Unión Europea siendo aún consciente del papel desplegado por nuestro país en otros entornos internacionales, de modo especial en el ámbito latinoamericano; así tiene lugar allí la proyección de las estructuras europeas a modo y semejanza de las mismas, con participación de sendos países ibéricos esencialmente en la constitución de redes iberoamericanas⁵. De esta forma opera la contribución de profesionales españoles con funciones en la Administración de Justicia (léase, fundamental y esencialmente, jueces y magistrados, fiscales y ahora letrados de la administración de justicia) en instituciones y organismos creados en el seno de la Unión Europea a fin de propiciar la cooperación judicial en ambas materias, civil y penal.

Es por esta razón que ha de insistirse que dichos profesionales jurídicos se erigen en actores clave en la promoción y puesta en práctica de tal cooperación judicial en materia civil y penal contemplada a la fecha en artículos 81 y 82 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) respectivamente; ambas dan lugar a la construcción del denominado “espacio de libertad,

⁴ No en vano al mismo siguieron ulteriores obras colectivas resultado de congresos y conferencias; de modo especial aquella a la que dio lugar el I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas; mayor información en enlace <https://apdpue.es/actividades/i-congreso-internacional-de-la-asociacion-murcia-14-a-16-de-junio-de-2018> (fecha de consulta: 1 de abril de 2020). Así la obra colectiva JIMÉNEZ CONDE, F. (dr.), FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.), *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

⁵ A modo de ejemplo y entre otras, Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed; mayor información en servidor oficial <https://www.iberred.org/>) con participación de Ministerios de Justicia, Ministerios Públicos y Fiscalías, y poderes judiciales de 22 países incluidos España y Portugal. Al respecto, por todos, JIMENO BULNES, M. *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Civitas & Thomson Reuters, Madrid 2011, pp. 46 y ss con bibliografía allí citada.

seguridad y justicia” (en adelante, ELSJ) al que se refieren los artículos 67.1 TFUE y, con carácter común, el artículo 3.2 TUE⁶. Pues bien, esta no sería, sin lugar a dudas, posible sin tales actores que desarrollan una tarea ingente en la efectiva articulación de dicha asistencia judicial/auxilio judicial/cooperación jurisdiccional internacional, en este caso dentro del marco geográfico de la Unión Europea, en cumplimiento de artículos 273-278 LOPJ⁷. No ha de olvidarse que, a diferencia de antaño, “la petición de cooperación, cualquiera que sea el Juzgado o Tribunal a quien se dirija, se efectuará siempre directamente, sin dar lugar a traslados o reproducciones a través de órganos intermedios” (art. 274.2 LOPJ).

De modo concreto en el seno de la Unión Europea la regulación de estos aspectos orgánicos de la cooperación judicial en materia civil y penal ha venido a articularse bajo la fórmula de lo que personalmente denomino “instrumentos orgánicos”⁸ a fin de procurar diferencia con aquellos instrumentos de carácter

⁶ Textual y respectivamente, “la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”; “la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”. Entre la bibliografía, de nuevo, JIMENO BULNES, *Un proceso europeo para el siglo XXI*, op. cit., pp. 25 y ss; así también un examen sobre su largo recorrido, además desde su posición institucional en la Unión Europea (a la fecha Director General Adjunto en Departamento de Justicia y Consumidores) se realiza por FONSECA MORILLO, F. “60 ans de construction d’un Espace européen de Justice, Liberté et Sécurité”, *Revue du Droit de l’Union européenne* 2019, nº 2, pp. 39-64.

⁷ De interés el mandato y definición proporcionada en arts. 273 y 274 LPPJ, textual y respectivamente, “los Jueces y Tribunales cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional” (art. 273 LOPJ) y “se recabará la cooperación judicial cuando debiere practicarse una diligencia fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal que la hubiere ordenado o ésta fuere de la específica competencia de otro Juzgado o tribunal” (art. 273.1 LOPJ). Igualmente ha de tenerse en cuenta hoy día el Acuerdo de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional (BOE de 15 de octubre de 2018, nº 249, pp. 100107-100130), en regulación de la reglamentación de la cooperación judicial internacional como expone *ab initio* su exposición de motivos. Obsérvese la diferente nomenclatura en cada caso adoptada: auxilio, cooperación judicial, cooperación jurisdiccional...

⁸ Para otros “agencias”, especialmente en el caso de Eurojust o Europol en el seno de la cooperación policial regulada en el art. 88 TFUE; así PI LLORENS, M. “El nuevo mapa de las agencias europeas del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2017, vol. 21, nº 56, pp. 77-117.

procesal; estos últimos pueden ser, bien de reconocimiento mutuo o bien de aproximación legislativa, haciendo uso de la base jurídica y principios contenidos en anteriores artículos 81.1 y 82.1 TFUE⁹ en desarrollo de dicha cooperación judicial dentro del espacio geográfico de la Unión Europea. A mayor abundamiento, tales instrumentos orgánicos constituidos fundamentalmente por las instituciones de magistrados de enlace, redes judiciales europeas, Eurojust y, ahora parece, también Fiscalía Europea¹⁰, a todos los cuales realizaré aquí oportuna referencia, se apoyan de igual manera en otro tipo de instrumentos que podríamos denominar “instrumentos telemáticos”; tales no son sino, en suma, las distintas guías, manuales y/o páginas web puestas a disposición vía telemática por la Unión Europea junto a Estados miembros¹¹.

⁹ Textual y respectivamente, “la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 81.1 TFUE) y “la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83” (art. 82.1 TFUE). Sobre los principios de reconocimiento mutuo y aproximación legislativa como base jurídica de tales instrumentos procesales, una vez más, JIMENO BULNES, *Un proceso europeo para el siglo XXI*, op. cit., pp. 32 y ss.

¹⁰ Entre la bibliografía con carácter general ESCALADA LÓPEZ, M.L. “Los instrumentos orgánicos: en especial, Redes Judiciales Europeas en materia civil y penal” en M. Jimeno Bulnes (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un Derecho Procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada, 2014, pp. 47-81 y “Los instrumentos de cooperación judicial europea: hacia una futura fiscalía europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2014, vol. 18, nº 47, pp. 89-127; así también, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho Penal europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 251 y ss. Del mismo modo con carácter monográfico ALONSO MOREDA, N. *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: magistrados de enlace, Red Judicial Europea y Eurojust*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián 2010. Desde la perspectiva penal en particular RODRIGUEZ GARCÍA, N. “La creación de un espacio judicial europeo penal. Aportes de los mecanismos de organización y coordinación de la cooperación judicial”, *Iustitia* 2011, nº 9, pp. 9-58, esp. pp. 32 y ss.

¹¹ De modo fundamental, desde la perspectiva europea, el Atlas Judicial Europeo existente tanto en materia civil en enlace https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_atlas_in_civil_matters-321-es.do (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021) como en materia penal en enlace https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_atlas_in_criminal_matters-102-es.do (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021), canalizados ambos a partir del portal e-justice que engloba toda la actividad judicial europea; desde la perspectiva nacional española merece destacarse el Prontuario o Vademecum de Auxilio Judicial Internacional, fruto del esfuerzo

II. PRIMER ENSAYO: LOS MAGISTRADOS DE ENLACE

Los denominados magistrados de enlace fueron sin duda la primera institución creada en el seno de la Unión Europea en calidad de “embajador judicial” a partir de la Acción Común 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996 para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea¹². La misma idea opera para otro tipo de funcionarios y así, en concreto, los funcionarios policiales en el seno de la cooperación policial contemplada en artículos 87-89 TFUE¹³; por ello el dictado de la posterior Acción Común de 14 de octubre de

conjunto del Ministerio de Justicia, Fiscalía General del Estado y Consejo General del Poder Judicial, disponible en página web <http://www.prontuario.org/> Por supuesto, habrán de tenerse también en cuenta las diferentes guías, manuales y/o páginas web existentes para cada uno de los instrumentos de reconocimiento mutuo como es el caso particular y entre otros, por ejemplo, de la orden de detención europea en enlace https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-es.do?init=true (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021) con acceso al manual europeo para la emisión y ejecución de ODEs o bien enlace <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/entrega-sujetos-procesales> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021) desde la perspectiva española; por cierto, en este último caso, con acceso a la legislación española ya derogada por Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea disponible en versión consolidada en enlace <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/20/23/con> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021) siendo la ODE objeto de regulación específica en arts. 34-62. Entre la bibliografía, sobre estos instrumentos telemáticos en conjunción con los anteriores orgánicos, PARRA GARCÍA, J. “Instrumentos para facilitar la labor de los operadores jurídicos en materia de cooperación jurídica internacional: Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (RJECM), Red Judicial Española (REJUE), Atlas Judicial Europeo, Prontuario de auxilio judicial internacional”, *Práctica de Tribunales* 2006, nº 28, pp. 48-57.

¹² DOCE de 27 de abril de 1996, nº L 105, pp. 1-2. Entre la bibliografía, a modo de ejemplo, DE JORGE MESAS, L.F. “Los magistrados de enlace: concepto, normativa europea y española”, en S. Barona Vilar (coord.), *Justicia penal y civil en la era global*, Tirant lo Blanch: Valencia 2017, pp. 363-386 y RODRIGUEZ SOL, L. “Los magistrados de enlace”, *Diario la Ley*, 14 de junio de 2000, nº 5075, pp. 1-5; ambos autores pertenecen además a la carrera judicial habiendo desarrollado funciones como magistrados de enlace en Marruecos e Italia respectivamente.

¹³ Según art. 87.1 TFUE “la Unión desarrollará una cooperación policial en la que participen todas las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidos los servicios de policía, los servicios de aduanas y otros servicios con funciones coercitivas especializados en la prevención y en la detección e investigación de infracciones penales”. Entre la bibliografía, a modo de ejemplo, ARANGÜENA FANEGO, C. y FONSECA MORILLO, F. “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, en A. Calonge Velázquez y R. Martín de Laguardia (coords.), *Políticas comunitarias: bases jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 143-2013, esp. pp. 206 y ss al igual que MURSCHETZ, V. “European police cooperation in the future legal framework of the European Union” en C. Fijnaut y J.

1996 por la que se define un marco de orientación común para las iniciativas de los Estados miembros sobre funcionarios de enlace¹⁴.

El origen de la institución estriba en la firma a la fecha de acuerdos bilaterales entre determinados países en relación con materias concretas; así, entre otros, los suscritos entre Francia e Italia en materia de lucha contra la mafia al igual que entre Francia y Holanda en relación con la lucha contra el narcotráfico, ambos firmados en 1993¹⁵. A la luz del resultado positivo de tales iniciativas materializadas especialmente en el ámbito penal, según la propia evaluación realizada por la Unión Europea y expuesta en el Preámbulo de la nueva norma¹⁶, tiene lugar la institucionalización de la figura de tales magistrados de enlace sobre la base igualmente de acuerdos bilaterales o multilaterales¹⁷. La comparación con el papel de un embajador plenipotenciario deriva precisamente de su ubicación física en las embajadas de los respectivos países en los que se crea dicho funcionario y/o embajador judicial.

Ha de advertirse por ello el carácter bilateral que reúne tal figura a diferencia de otras de posterior examen y así la recíproca instauración de un/a magistrado/a de enlace en ambos países que acuerdan su constitución. De ahí que su creación sea facultativa por parte de los Estados miembros, quienes procederán a nombrar

Ouwerkerk (eds.), *The future of police and judicial cooperation in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden & Boston 2010, pp. 109-130. Sobre sus antecedentes GARCÍA SAN PEDRO, J. "La cooperación policial en la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea* 2006, nº 10, pp. 201-218; en términos generales, JIMENO BULNES, M. "La cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea", *Revista del Poder Judicial* 1998, nº 50, pp. 79-118, esp. pp. 97 y ss. Sobre cooperación policial y Europol hoy día GOIZUETA VÉRTIZ, J. "La cooperación policial en el seno de Europol: sobre el principio de disponibilidad y la confidencialidad de la información", *Revista Española de Derecho Constitucional* 2017, vol. 37, nº 110, pp. 75-103.

¹⁴ DOCE de 19 de octubre de 1996, nº L 268, pp. 2-4.

¹⁵ Al respecto BARBE, E. "Les magistrats de liaison: 10 ans déjà", *Revue des Affaires Européennes* 2003-2004, nº 3, esp. pp. 341-345, esp. 1ª pág.

¹⁶ Así de modo concreto se afirma que, "evaluando favorablemente las iniciativas ya emprendidas en algunos Estados miembros, que han enviado o recibido magistrados o funcionarios de enlace ante las autoridades competentes en materia de cooperación judicial, así como las iniciativas en curso destinadas a crear una red eficaz de puntos de contacto judiciales dentro del ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada internacional" y "tras considerar la necesidad de definir un marco jurídico y favorecer su coordinación, han adoptado la presente Acción Común".

¹⁷ Art. 1.1 Acción Común 96/277/JAI, si bien de ordinario tiene lugar la primera opción.

magistrados de enlace de forma respectiva y simétrica con aquellos países con los que desarrollen mayor cooperación judicial; es el caso, por ejemplo, a la fecha de España que posee magistrados de enlace en Francia, Italia, Reino Unido e incluso con países extracomunitarios como es el caso de Estados Unidos y Marruecos por extensión de la figura europea dado su éxito¹⁸. No en vano el cometido fundamental de la institución consiste en “incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial y contribuir al mismo tiempo al intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales de los Estados miembros y su funcionamiento”¹⁹.

De este modo la figura de los magistrados de enlace ha sido definida como “jueces o fiscales (y excepcionalmente otros funcionarios) especialistas en la cooperación judicial internacional, destacados en otro país y acreditados ante los órganos de la justicia del país que les acoge, con la misión de hacer ágil y fluida la cooperación judicial internacional y de conseguir que la diferencia entre los distintos ordenamientos jurídicos no impida una eficaz cooperación judicial”²⁰. Si bien es cierto que para el caso de España el Consejo General del Poder Judicial defendió en su día²¹ que el nombramiento de tales magistrados de enlace tuviera lugar en el seno del poder judicial y así sus ocupantes pertenecieran a la carrera judicial con carácter exclusivo sobre otras profesiones jurídicas, no es este el actual criterio del Ministerio de Justicia español de quien tal figura depende

¹⁸ A la fecha Felisa Herrero Pinilla en París, Luis Rodríguez Sol en Roma, José Miguel García Moreno en Londres, José María Fernández Villalobos en Rabat y María de las Heras en Washington habiendo sido precisamente éste el último nombramiento según noticia obtenida en diario *El Mundo*, de fecha de 12 de marzo de 2020, disponible en enlace. <https://www.elmundo.es/espana/2020/03/12/5e6a1ef221efa036508b4629.html> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021); así también Orden JUS/342/2020, de 27 de marzo, por la que se nombra Magistrada de Enlace ante las correspondientes autoridades de Estados Unidos de América a María de las Heras García, BOE de 13 de abril de 2020, nº 103, p. 28914.

¹⁹ Art. 1.3 Acción Común 96/277/JAI.

²⁰ JORGE MESAS, “Los magistrados de enlace...”, op. cit., p. 364.

²¹ Así informe del Pleno del CGPJ al actual Real Decreto regulador de los magistrados de enlace al que de inmediato se realizará referencia; véase información en noticia de Europapress de 31 de marzo de 2019 disponible en <https://www.europapress.es/nacional/noticia-cgpj-recomienda-solo-jueces-puedan-ser-magistrados-enlace-20190131190624.html> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

orgánicamente; por ello la existencia en la actualidad de magistrados de enlace, por ejemplo y en concreto, pertenecientes a la carrera fiscal²².

En efecto, la regulación interna en nuestro país de las que se denominan “magistraturas de enlace” se efectúa junto con las también denominadas Consejerías de Justicia²³ en el Real Decreto 242/2019, de 5 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del personal del Ministerio de Justicia que lleva a cabo la acción en el exterior en materia de justicia²⁴. De este modo el artículo 10.1 estipula que “las magistraturas de enlace serán ocupadas por miembros de las Carreras Judicial o Fiscal nombrados conforme a lo establecido en el presente real decreto y debidamente acreditados ante un tercer estado”²⁵. Los requisitos se señalan en anterior artículo 2 con carácter general para ambas instituciones, magistraturas de enlace y Consejerías de Justicia; así de forma expresa y concreta para nuestra institución, además de la pertenencia a anteriores cuerpos de la carrera fiscal y/o judicial: “acreditar al menos 10 años en la Carrera”, “un conocimiento suficiente del idioma del país de destino²⁶” y “acreditar la formación,

²² Es el caso de la magistrada de enlace en Estados Unidos, María de las Heras, hasta ahora además fiscal especializada en cooperación internacional dentro del organigrama de la Fiscalía General del Estado; mayor información en página web de la institución <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/organigrama-cooperación-internacional> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

²³ Como refiere la Exposición de Motivos del RD 242/2019, de 5 de abril, tales Consejerías de Justicia se distinguen de las magistraturas de enlace en que “contribuyen a la formación y al fortalecimiento de la posición española ante la Unión Europea o ante otra organización internacional en el ámbito de las competencias del Ministerio de Justicia” (párrafo VII). Su regulación se efectúa en posteriores artículos 12 y 13 ocupándose el último de ellos de enumerar sus concretas funciones.

²⁴ BOE de 9 de abril de 2019, nº 85, pp. 36383-36391 (BOE consolidado en enlace <https://www.boe.es/eli/es/rd/2019/04/05/242>; fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

²⁵ El sistema de acreditación se contempla en anterior artículo 6, textualmente, “corresponderá al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación documentar y acreditar ante el Estado u organización receptores al personal a que se refiere el artículo 2 (en suma, magistraturas de enlace y Consejerías de Justicia) del presente real decreto, que se integrará dentro de la Misión Diplomática o Representación Permanente que corresponda conforme a lo dispuesto en el artículo 45.1.c) de Ley 2/2014, de 25 de marzo”, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. Por ello la ubicación física de tales magistrados de enlace en la sede de la embajada del país al que representa aunque en otras ocasiones se localizan físicamente en el seno de otras instituciones como puede ser el Ministerio de Justicia del país anfitrión.

²⁶ Hasta ahora francés, italiano, inglés y quizás árabe; pensemos cuando se trate de otros países con una lengua más minoritaria, aunque bien es cierto en estos casos suele utilizarse como lengua vehicular el inglés según opera por parte de varios países en ciertos instrumentos de reconocimiento mutuo.

el conocimiento o experiencia en materia de cooperación jurídica internacional” además de, lógicamente, el cumplimiento de cualesquiera otros requisitos que indique la convocatoria específica.

Por su parte, el posterior artículo 11 enumera las concretas funciones a cumplir por tales magistrados de enlace en sintonía con las descritas en la norma europea con carácter general y entre las que destaca de modo fundamental aquella que se enumera como primera tarea; así, “promover y facilitar la cooperación judicial en materia civil y penal entre España y el Estado ante el que están acreditados”²⁷. Ello si bien tanto la norma española como especialmente europea pone de relieve igualmente otra tarea que considera igualmente esencial en este marco de esta colaboración judicial de carácter institucional, cual es el intercambio de información entre sendos países²⁸. Finalmente, dicho precepto

²⁷ Ulteriores funciones son “apoyar a las autoridades judiciales competentes en la redacción y ejecución de solicitudes de auxilio o reconocimiento mutuo; intercambiar información con las autoridades del país de destino sobre las cuestiones que pudieran plantearse en el ejercicio de sus funciones; colaborar con la autoridad central española y con las autoridades judiciales españolas cuando sean requeridos; promover y reforzar las relaciones con la autoridad central y las autoridades judiciales competentes en el país de destino; prestar apoyo a las iniciativas y actividades promovidas por los órganos superiores y directivos del Ministerio de Justicia y, por indicación de este Departamento, a las de las otras instituciones del ámbito de la Justicia y, en especial, al Consejo General del Poder Judicial y a la Fiscalía General del Estado; remitir al Ministerio de Justicia informes periódicos sobre las actividades desarrolladas siempre que resulte necesario y, al menos, una vez al año; cumplir las funciones, dentro del ámbito de las competencias del Ministerio de Justicia, que le encomiende el Jefe de la Misión Diplomática en que se integren, a quien mantendrá informado de las actividades que realicen, sin perjuicio de la necesidad de guardar la debida confidencialidad en los procedimientos penales de los que tenga conocimiento; cualesquiera otras funciones que les atribuya la ley, los Convenios internacionales o lo acordado en términos de reciprocidad, o bien que les sean encomendadas desde el Ministerio de Justicia”. Una buena idea de la actividad que despliegan tales magistrados de enlace se proporciona en la entrevista realizada a Hélène Davo, magistrada de enlace francesa por A. ZURITA PINILLA en *Revista del Poder Judicial* 2013, nº 96, pp.22-26; la magistrada, quien además ha desarrollado un papel muy activo en la colaboración con las autoridades judiciales españolas en la lucha contra el terrorismo de ETA, califica el papel del magistrado de enlace como “polifacético” y “camaleónico” expresando que “en el día a día el Magistrado de enlace es ante todo un facilitador de la cooperación judicial directa. Un puente entre los jueces y fiscales de ambos países” (p. 23).

²⁸ No en vano la Acción Común 96/277/JAI le dedica sendas menciones en artículos 2.2 y 3 en referencia, respectivamente, al intercambio de “información y datos estadísticos a fin de impulsar el conocimiento mutuo de los distintos sistemas y bancos de datos jurídicos de los Estados interesados y las relaciones entre los profesionales del campo jurídico de ambos Estados” así

señala una ulterior característica de tales magistrados de enlace y así la adquisición, “durante el tiempo del desempeño del puesto, (de) la condición de punto de contacto de las redes judiciales europeas”²⁹; a esta institución, facilitadora igualmente de la cooperación judicial europea y/o internacional, se dedican las siguientes líneas.

III. EL RECURSO MÁS ECONÓMICO: REDES JUDICIALES EUROPEAS Y ESPAÑOLAS

En efecto, existe ya *a priori* una diferencia fundamental entre éste y anterior instrumento orgánico de cooperación judicial, siquiera en clave económica pues en el presente caso no tiene lugar el envío al exterior de los profesionales que ocupan la institución ahora objeto de examen. No en vano se trata de una estructura “en forma reticular, cuya descentralizada organización presenta evidentes ventajas en esta materia”³⁰. De modo concreto, como recuerda la normativa que procede a su inicial creación dictada poco después de aquella fundacional de los magistrados de enlace, “se trata de una red de puntos de contacto judiciales entre los Estados miembros” bajo la nomenclatura de “Red Judicial Europea” (RJE); así se establece en concreto en artículo 1 de la Acción Común 98/428/JAI, de 29 de junio de 1998 por la que se crea una Red Judicial Europea³¹, a la fecha con carácter exclusivamente penal.

como al intercambio de información con carácter general sobre “las iniciativas en curso y de las emprendidas para la aplicación de la presente acción común... (y) cualquier información relativa a los intercambios de magistrados de enlace que realicen”.

²⁹ Art. 11.2 RD 242/2019, con ejercicio de “las funciones a las que se refiere el artículo 34 de la Ley 16/2015, de 17 de julio”, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior. Precisamente el artículo 34 de esta disposición enumera funciones muy similares a las ya descritas y así su carácter de “intermediarios activos destinados a facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales de distintos Estados... proporcionando la información jurídica y práctica necesaria para mejorar la cooperación judicial” (art. 34.1) junto con la obligación de remitir “a la institución de la que dependan los datos estadísticos relativos a su actividad” (art. 34.2).

³⁰ ESCALADA LÓPEZ, “Los instrumentos orgánicos...”, op. cit., p. 53.

³¹ DOCE de 7 de julio de 1998, nº L 191, pp. 4-7. Entre la bibliografía específica, a modo de ejemplo, GALGO PECO, A. “La Red Judicial Europea”, *Estudios de Derecho Judicial* 2000, nº 28, pp. 445-460 y “La Red Judicial Europea y los nuevos instrumentos de agilización y coordinación”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* 2002, nº 4, pp. 391-398; el autor es además gran conocedor de la materia por cuanto ha ejercido en calidad de Secretario de la institución con sede en La

La misma norma estipula su composición a partir de “las autoridades centrales responsables de la cooperación judicial internacional, las autoridades judiciales u otras autoridades competentes que tienen responsabilidades específicas en el marco de la cooperación internacional, bien de forma general, bien sobre determinadas formas de delincuencia grave, como la delincuencia organizada, la corrupción, el narcotráfico o el terrorismo” (art. 2.1). Tales autoridades centrales y/o judiciales constituirán así los denominados “puntos de contacto” a determinar en cantidad y ubicación por cada uno de los Estados miembros conforme su ordenamiento jurídico³² y su competencia asegurando que dispongan “un conocimiento suficiente de otra lengua de la Unión Europea diferente de la propia”³³. En la línea antedicha, también los magistrados de enlace se erigirán en puntos de contacto durante el tiempo que dure su mandato³⁴.

Haya (por cierto, antaño al menos en el mismo edificio de Eurojust) durante muchos años. Igualmente puede citarse a RODRIGUEZ SOL, L. “Fuentes de la cooperación judicial internacional. Fortalecimiento de la red judicial europea. Cooperación internacional en materia penal”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* 2002, nº 4, pp. 433-466.

³² Textualmente, “se designarán uno o más puntos de contacto de cada Estado miembro, según sus normas internas y su propio reparto de competencias, velando por que quede efectivamente cubierta la totalidad de su territorio, as. como las diferentes formas de delincuencia grave” (art. 2.2 Acción Común 98/428/JAI). De este modo el número de integrantes de la red varía de un país a otro pudiendo alcanzar cifras de 7 puntos de contacto en España o 60 en Francia; en el caso español su enumeración se realiza en la página web del CGPJ con acceso en enlace <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Redes-Judiciales/Otras-redes-judiciales/Red-Judicial-Europea-Penal/> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

³³ “Teniendo presente la necesidad de que dicho punto o puntos de contacto pueda comunicarse con los de los otros Estados miembros (art. 2.3 Acción Común 98/428/JAI). De ahí la importancia de las competencias lingüísticas de los jueces y magistrados que ocupen dicha función como “punto de contacto”; de hecho según la experiencia por su parte relatada en muchas ocasiones las solicitudes de consulta y/o ayuda en la cooperación judicial no versan sobre cuestiones estrictamente jurídicas sino también lingüísticas.

³⁴ En concreto se establece que “los magistrados de enlace contemplados en la Acción común 96/277/JAI podrán, en la medida en que cumplan funciones análogas a aquellas confiadas a los puntos de contacto en virtud del artículo 4, ser asociados a la red judicial europea por parte de cada Estado miembro que sea el Estado que envía al magistrado de enlace, según modalidades que dicho Estado deberá definir” (art. 2.4 Acción Común 98/428/JAI). Parece en este caso se trata de una facultad opcional para los Estados miembros, algunos de los cuales como en el caso de España, han establecido por su parte con carácter imperativo y así anterior régimen español en anterior art. 11.2 RD 242/2019.

De este modo, tales puntos de contacto operan como “intermediarios activos destinados a facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros” en la línea descrita por el artículo 4.1 Acción Común 98/428/JAI; dicho precepto enuncia asimismo como característica principal su “disponibilidad” al servicio de autoridades judiciales nacionales y extranjeras en el marco geográfico de la Unión Europea además de colaborar con otro tipo de autoridades y restantes puntos de contacto europeos, con quienes podrá reunirse las veces que fuera preciso. No en vano es esta última “función de reunión” enumerada junto a otras en anterior artículo 3, desarrolladas todas ellas en ulteriores preceptos³⁵ y así, en concreto: a) facilitar “el establecimiento de contactos adecuados entre los puntos de contacto de los diferentes Estados miembros”; b) organizar “reuniones periódicas de los representantes de los Estados miembros”; y c) “proporcionar determinada información básica, de manera permanente y actualizada, en particular por una red de telecomunicaciones adecuada”.

Precisamente esta última red de telecomunicaciones se crea en posterior Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea³⁶ en derogación de anterior Acción Común e igualmente ocupada en regular en exclusiva la red judicial europea en materia penal; novedad supone también su articulación con otro instrumento orgánico dedicado igualmente a la cooperación judicial penal, cual es Eurojust al que de inmediato se realizará referencia³⁷. De esta forma la nueva norma arbitra en su artículo 9 un instrumento

³⁵ En concreto, arts. 5, 6 y 7 Acción Común 98/428/JAI en regulación de las reuniones periódicas a celebrar por la Red Judicial Europea en Bruselas (art. 7.1) y Estados miembros; en el caso de España suele tener lugar reunión anual en Águilas (Murcia) bajo la denominación de Encuentros REJUE dada la organización por esta última red nacional a la que de inmediato se realizará referencia; así se indica en información disponible en la página del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) dedicada a esta última red <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Redes-Judiciales/Red-Judicial-Espanola---REJUE-/> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

³⁶ DOUE de 24 de diciembre de 2008, nº L 348, pp. 130-134.

³⁷ En concreto, “la Red Judicial Europea y Eurojust mantendrán entre sí relaciones privilegiadas basadas en la consulta y en la complementariedad, especialmente entre los puntos de contacto de un Estado miembro, el miembro nacional de Eurojust del mismo Estado miembro y los correspondientes nacionales para la Red Judicial Europea y para Eurojust” (art. 10 Decisión 2008/976/JAI). Es por ello que, conforme describe dicho precepto, la Red Judicial Europea y Eurojust compartirán fuentes de información y participarán de reuniones conjuntas a los fines de procurar la “eficiencia de la cooperación” judicial conforme allí se indica.

de telecomunicación que no es otro que un “sitio en Internet permanentemente actualizado” con la información enumerada en anterior artículo 7³⁸ y de cuyo mantenimiento se ocupará la Secretaría de la Red Judicial Europea; en todo caso, toda la información allí contenida posee carácter penal dada la limitación de la Red Judicial Penal a la cooperación judicial europea en materia penal en el sentido tantas veces indicado.

No en vano es por esta razón que otra red en materia civil había sido instaurada ya a la fecha mediante Decisión del Consejo 2001/470/JAI, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil³⁹; a esta se la conoce en el argot forense como RJE civil a fin de diferenciarla de la anterior RJE penal. Precisamente dicha norma introduce además una importante herramienta de “carácter práctico y conciso” redactada en “lenguaje fácilmente comprensible” como son las denominadas “fichas informativas”⁴⁰, la cual encuentra su visibilidad

³⁸ Así “datos completos de los puntos de contacto en cada Estado miembro, acompañados, de ser necesario, de la mención de sus competencias a nivel nacional; b) un instrumento de tecnología de la información que permita a la autoridad requirente o emisora de un Estado miembro identificar a la autoridad competente de otro Estado miembro que reciba y ejecute su solicitud de cooperación judicial, así como las decisiones correspondientes, incluidos los instrumentos por los que surte efecto el principio de reconocimiento mutuo; c) información jurídica y práctica concisa relativa a los sistemas judiciales y procesales de los Estados miembros; d) los textos de los instrumentos jurídicos pertinentes y, en lo referente a los convenios en vigor, el texto de las declaraciones y reservas”. De este modo el sitio internet a tales fines operativo es la página web https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Home/ES con acceso para el caso de cada Estado miembro a Atlas Judicial, Asistente Compendium, fichas belgas, estado de implementación de los diferentes instrumentos europeos, puntos de contacto e información sobre los sistemas nacionales; parte de esta información se encuentra limitada, es de suponer, a los miembros de la Red Judicial Europea mediante el correspondiente registro.

³⁹ DOCE de 27 de junio de 2001, nº L 174, pp. 25-31, modificada por Decisión 568/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009 (DOUE de 30 de junio de 2009, nº L 168, pp. 35-40). Entre la bibliografía, a modo de ejemplo, DEL POZO PÉREZ, M. “Reflexiones sobre la red judicial europea en materia civil y mercantil e Iber-Red”, *Diario La Ley*, 21 de mayo de 2007, nº 6717, <https://diariolaley.laleynext.es>; así también GARRIGA SUAU, G. “La creciente potencialidad de la red judicial europea en materia civil y mercantil en la construcción del espacio judicial europeo”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado* 2008, nº 8, pp. 237-255.

⁴⁰ Respectivamente arts. 15.2 y 1 Decisión 2001/470/JAI, el último de los cuales dispone además su contenido y así “abordarán prioritariamente cuestiones relativas al acceso a la justicia en los Estados miembros e incluirán, en particular, información sobre las modalidades de incoación de los procedimientos ante los juzgados y tribunales y sobre la asistencia jurídica gratuita”; no obstante, dicho contenido se enumera explícitamente en art. 15.2.

en la herramienta informática de la que también dispone esta red accesible desde su portal⁴¹. Por su parte, tal red judicial europea en materia civil se construye a imagen y semejanza de la red judicial europea en materia penal al tiempo que sirve para configurar otras en distinto ámbito geográfico; así en especial el ámbito iberoamericano donde tiene lugar la creación de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional conocida como Iber-Red arriba ya enunciada⁴².

Sin embargo, el recurso a la creación de tales redes judiciales europeas no pertenece en exclusiva ni a la Unión Europea ni al ámbito judicial. De esta manera y desde la primera perspectiva, España posee su propia red judicial, cual es la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE) a tal fin creada por Acuerdo reglamentario 5/2003, de 28 de mayo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial⁴³ y la cual encuentra hoy regulación en el Acuerdo de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional⁴⁴, concretamente en artículos 11 y 12. En este caso y como

⁴¹ Así en concreto enlace https://e-justice.europa.eu/content_information_on_national_law_information_sheets-439-es.do? (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021); como allí se indica de este modo se dispone a un “acceso rápido a una lista de fichas de información elaboradas por la RJE civil que abarca los procedimientos nacionales, internacionales y de la UE”, acceso que es asimismo universal y gratuito.

⁴² Vid. Reglamento de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, Iberred, firmado en Cartagena de Indias (Colombia) los días 27 a 29 de octubre de 2004 y disponible en servidor oficial de la institución con acceso en <https://www.iberred.org/reglamentacion> En particular entre la bibliografía MORENO CATENA, V. “La cooperación jurídica internacional en Iberoamérica. El papel del Iber-Red”, *Diario La Ley*, 23 de diciembre de 2009, nº 7309, <https://diariolaley.laleynext.es>, a la fecha Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos; así también TIRADO ESTRADA, J.J. “Cooperación judicial internacional en el ámbito iberoamericano. Balance y perspectivas. Especial referencia a los procesos de instauración de medidas estructurales de relación, organización y coordinación”, en AA.VV. *Mecanismos de cooperación jurídica internacional*, Thomson Reuters & Aranzadi, Cizur Menor 2006, pp. 143-191.

⁴³ Por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio de los Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a la cooperación jurisdiccional internacional, BOE de 4 de junio de 2003, nº 133, pp. 21659-21661. Entre particular, FORCADA MIRANDA, F.J. “La Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1 de septiembre de 2005, nº 1995-1996, pp. 3263-3285.

⁴⁴ BOE de 15 de octubre de 2018, nº 249, pp. 100017-100030, también disponible así como información de la propia REJUE en servidor oficial del CGPJ, concretamente en enlace <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Redes-Judiciales/Red-Judicial-Espanola---REJUE/> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

indica el propio servidor oficial de la institución, se trata de una red compuesta únicamente por Jueces y Magistrados “altamente especializados en la materia, que se distribuyen por todo el territorio nacional y que se agrupan en dos divisiones teniendo cada una de las divisiones un número aproximado de 30 miembros” y así, en concreto, hoy día 62 magistrados a la fecha. Tales divisiones no son sino las denominadas REJUE-CIVIL y REJUE-PENAL, compuesta la primera por jueces y magistrados de los ordenes jurisdiccionales civil o social (Derecho Privado) mientras que la segunda se integra por jueces y magistrados de los ordenes jurisdiccionales penal o contencioso-administrativo (Derecho Público) a los que se añaden para esta última dos magistrados pertenecientes a la Audiencia Nacional y/o Juzgados Centrales de Instrucción conforme establece el artículo 11 Reglamento 1/2018; dicho precepto también permite compatibilizar la pertenencia a la red judicial nacional y a la correspondiente red judicial europea en materia civil o penal (art. 11.4).

Además de sus funciones enumeradas explícitamente en el posterior artículo 12 Reglamento 1/2018⁴⁵, con anterioridad se señala su dependencia orgánica del Consejo General del Poder Judicial, en concreto, de su servicio de Relaciones Internacionales, quien se ocupará igualmente de la organización de reunión anual (art. 9). Asimismo, se arbitra un procedimiento selectivo “fundado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad” con las condiciones descritas

⁴⁵ Textualmente, “a) Prestar apoyo al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial y a los puntos de contacto integrados en las redes judiciales de ámbito internacional; b) Actuar como intermediarios activos para facilitar la cooperación judicial internacional en España a solicitud del órgano judicial. La intermediación activa comprende las funciones de informar, asesorar, coordinar, en su caso, y llevar a cabo aquellas otras gestiones tendentes a la agilización de la asistencia judicial en materia internacional, *con pleno respeto a la potestad jurisdiccional de los órganos judiciales afectados* (importante, cursiva es personal); c) Promover y participar en las actividades de formación en materia de cooperación jurídica internacional, especialmente en aquellas que tengan lugar en el territorio en el que desarrollen sus funciones; d) Elaborar estudios, confeccionar documentos y proponer otros instrumentos destinados a favorecer la cooperación judicial internacional; e) Registrar cada una de sus actuaciones en el ejercicio de su función de intermediación, a los efectos de redactar la correspondiente memoria anual y atender las solicitudes de información procedentes del Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial; f) Redactar a lo largo del mes de enero una memoria anual sobre sus actividades como miembro de la Red, que será elevada a la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial y tomada en consideración a los efectos oportunos; g) Contribuir a la actualización permanente del Prontuario de Auxilio Judicial Internacional integrándose en, al menos, una de las áreas temáticas de actualización que se determinen, bajo las directrices y supervisión del coordinador de cada área temática”.

en artículo 10 Reglamento 1/2018⁴⁶, tras el cual tendrá lugar su nombramiento por espacio de cinco años renovables por períodos sucesivos de idéntica duración. Por su parte, el artículo 8.II Reglamento 1/2018 atribuye a la REJUE un cometido general, cual es “asistir a los órganos judiciales españoles que lo soliciten en cuantas peticiones de cooperación judicial internacional emitan o reciban en el ejercicio de su actividad jurisdiccional y auxiliar a otros miembros de redes de cooperación judicial internacional”.

Resulta importante establecer la diferencia de la REJUE respecto de otra red judicial también dependiente del Consejo General del Poder Judicial y objeto de regulación en el mismo Reglamento 1/2018, concretamente en artículos 13 y 14; esta pudiera si acaso entenderse homóloga o siquiera similar a alguna otra red creada en el ámbito de la Unión Europea en conjunción con los Estados miembros⁴⁷. En el caso español se trata de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea (REDUE), ocupada en la prestación de auxilio judicial en materia de aplicación de Derecho de la Unión Europea y comunicación con las instancias judiciales europeas, por ejemplo y fundamentalmente en materia de planteamiento de cuestiones prejudiciales⁴⁸. Si bien dispone de idéntico proceso selectivo y condiciones a la REJUE, el artículo 10.2 Reglamento 1/2018 prohíbe expresamente la pertenencia simultánea a ambas redes judiciales al tiempo que establece, de forma importante, la no “relevación de las funciones jurisdiccionales atribuidas en el destino servido”;

⁴⁶ Fundamentalmente, prestación “al menos de tres años de servicios y se encuentren en activo y ejerciendo funciones jurisdiccionales, atendiendo al principio de presencia equilibrada entre hombres y mujeres”; además se valorará el “dominio de lenguas extranjeras” así como los “conocimientos, experiencia e intervención directa de los solicitantes en el ámbito de la cooperación judicial internacional” (art. 10.1).

⁴⁷ Vid. Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo sobre la creación de una red de cooperación legislativa entre los Ministerios de Justicia de los Estados miembros de la Unión Europea, DOUE de 20 de diciembre de 2008, nº C 326, pp. 1-2; según se indica expresamente su función consistirá en “aumentar el acceso a la información que obra en poder de los Ministerios de Justicia de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la legislación vigente, los sistemas judiciales y jurídicos y los grandes proyectos de reforma en materia de justicia” (aptdo. 2.1).

⁴⁸ Textualmente, “la Red de Especialistas de Derecho de la Unión Europea... asiste a los órganos judiciales en todo lo concerniente a la aplicación del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con una especial atención a todo lo relacionado con las cuestiones prejudiciales” (art. 8.III). Al respecto, DA SILVA OCHOA, J.C. y ORDOÑEZ SOLÍS, D. “La Red Judicial Española sobre el Derecho de la Unión Europea (REDUE)”, *Revista del Poder Judicial* 2013, nº 95, pp. 14-19.

es esta característica esencial de la presente institución a diferencia de la anterior relativa a la magistratura de enlace y por ello el menor coste económico.

Por otra parte y desde la segunda perspectiva arriba enunciada, tampoco el fenómeno de articulación de redes a modo de cooperación horizontal⁴⁹ es exclusivo del ámbito judicial ni de la magistratura, por cuanto se constituyen también redes de cooperación internacional en el seno de la fiscalía y de los letrados de la administración de justicia; además tales profesionales al igual que jueces y magistrados tendrán a su disposición y podrán hacer uso de la misma “herramienta facilitadora de las actividades de auxilio judicial internacional”, cual es el Prontuario de Auxilio Judicial Internacional contemplado en artículo 3 Reglamento 1/2018⁵⁰. En este ámbito ha de destacarse la Red de Fiscales de Cooperación Internacional creada por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2003, de 11 de julio, sobre actuación y organización de las fiscalías en materia de cooperación judicial internacional⁵¹, con las finalidades que allí se indican y

⁴⁹ En esta línea, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Derecho Penal europeo, op. cit., pp.249 y ss, a diferencia de la cooperación judicial vertical practicada por Eurojust y ahora Fiscalía Europea dado su carácter de “órganos supranacionales de la UE que interactúan con las autoridades nacionales” (p. 249).

⁵⁰ Recuérdese, elaborado conjuntamente por Ministerio de Justicia, Fiscalía General del Estado y Consejo General del Poder Judicial y disponible en página web <http://www.prontuario.org/>. Como allí se indica el Prontuario es “un instrumento o guía de uso sencillo y ágil, para afrontar su participación en actividades de cooperación judicial internacional, tanto desde la perspectiva activa (emisión de una solicitud en el ámbito de un proceso tramitado por un órgano judicial español), como desde un punto de vista pasivo (recepción de una solicitud procedente de un Estado extranjero)”; de este modo “pretende responder a las cuestiones más usuales suscitadas en el quehacer diario de los operadores judiciales, permite identificar los convenios internacionales u otras normas jurídicas aplicables en esta materia, y proporciona información sobre las diferentes instituciones que pueden ofrecer un apoyo suplementario (redes judiciales europeas, españolas o iberoamericanas, Eurojust, etcétera) con directorio de contactos”.

⁵¹ Disponible en servidor oficial de la institución <https://www.fiscal.es/documentación>; más información sobre la red en enlace <https://www.fiscal.es/auxilio-judicial-internacional> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021). En esta materia destacan los trabajos de JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. “La red de fiscales de cooperación judicial internacional. Especial referencia a la Instrucción núm.2/2003 de la Fiscalía General del Estado”, en A. Arroyo Zapatero y A. Nieto (dres.) y M. Muñoz de Morales (coord.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2007, pp. 233-262 y “Cooperación judicial internacional y ministerio Fiscal: cuestiones prácticas e informes”, *Estudios Jurídicos* 2004, antaño disponible en la página oficial del Centro de Estudios Jurídicos con enlace en http://www.cej.justicia.es/cej/html/publicaciones_01.htm; el autor es hoy día miembro nacional de Eurojust y antaño perteneciente a dicha red de fiscales de cooperación internacional.

observando una estructura similar a las antedichas redes judiciales; así también la Red Española de Secretarios Judiciales en Cooperación Jurídica Internacional (RESEJ) constituida el 22 de junio de 2010 a partir de la Instrucción 6/2010 dictada por la Secretaría General de la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de Justicia⁵².

IV. EL PAPEL CLAVE DE EUROJUST EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL

A diferencia de anteriores instituciones, tiene aquí ya lugar la constitución de una estructura orgánica especializada en la cooperación judicial desarrollada en materia penal; su mención se encuentra además en la regulación que efectúan los propios tratados europeos sobre la misma y así, en concreto, el artículo 85 TFUE⁵³. En concreto dicho precepto establece que “la función de Eurojust es apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros y por Europol” (art.85.1 TFUE). De la misma forma se indican con carácter facultativo las competencias que podrá asumir el nuevo órgano, esta vez ya de carácter en mayor medida supranacional en favor

⁵² Mayor información de la red en servidor oficial del Ministerio de Justicia <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/participacion-ministerio/espanola-secretarios> (fecha de consulta: 8 de abril de 2020). Entre la literatura, el antes mencionado trabajo de REVILLA PÉREZ, L. “El secretario judicial y la cooperación jurídica internacional”, a la fecha y aún creo ahora miembro de dicha red bajo nombramiento de la Resolución de la Secretaría General de la Administración de Justicia de fecha de 22 de junio de 2010, disponible en anterior página web.

⁵³ Al respecto, WEYEMBERGH, A. “The development of Eurojust: potential and limitations of Article 85 of the TFEU”, *New Journal of European Criminal Law* 2011, vol. 2, nº 1, pp. 75-99, poniendo de relieve la ambigüedad de dicho precepto que permite contemplar a Eurojust, bien como interlocutor de una cooperación judicial a nivel horizontal entre Estados miembros, bien como un gestor con facultades operativas en el seno de una cooperación judicial vertical. Sobre el papel de Eurojust en el ámbito penal véase *in genere* MUSSACHIO, V. “Eurojust y la lucha contra el crimen en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Penal* 2008, nº 10, <http://www.iustel.com>

de una cooperación judicial vertical⁵⁴; así, entre otras, “el inicio de diligencias de investigación penal”, “propuesta de incoación de procedimientos penales por las autoridades nacionales competentes”, “coordinación de (tales) investigaciones y los procedimientos” e “intensificación de la cooperación judicial” en “estrecha cooperación con la Red Judicial Europea” (art. 85.2 TFUE).

Sin embargo y más allá de anteriores precedentes⁵⁵, el origen así como nomenclatura de Eurojust pueden encontrarse ya en las Conclusiones pronunciadas por la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere celebrado a la fecha de 15 y 16 de octubre de 1999⁵⁶; en concreto, la Conclusión nº 46 se ocupa de proceder a la definición de lo que entonces pretendía ser una unidad de cooperación

⁵⁴ De nuevo MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *Derecho Penal europeo*, op. cit., pp. 256 y ss. Entre la numerosa bibliografía específica de interés el trabajo de JIMÉNEZ, R. “Eurojust, un paso más en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en A. Galgo Peco (dr.), *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, pp. 417-448, a la fecha miembro nacional de España en Eurojust; muy ilustrativa también la contribución de GUTIÉRREZ ZARZA, A. “Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust” en C. Arangüena Fanego (dra.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid 2010, pp. 71-84, en calidad entonces de letrada del servicio jurídico de Eurojust. En el ámbito internacional LOPES DA MOTA, J.L. “Eurojust as a link to mutual trust within the European Union”, en G. de Kerchove y A. Weyembergh (eds.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/ Mutual trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 2005, pp. 223-237, antiguo miembro portugués de Eurojust; así también VLASTNIK, J. “Eurojust – A cornerstone of the Federal Criminal Justice system in the EU?”, en E. Guild y F. Geyer (eds.), *Security versus justice? Police and judicial cooperation in the European Union*, Ashgate, Aldeshot, UK & Burlington, USA, 2008, pp. 35-49.

⁵⁵ Ampliamente ALONSO MOREDA, *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 125 y ss; así también PÉREZ SOUTO, G. “Eurojust: ¿un instrumento eficaz en la lucha contra el crimen organizado?”, *Revista General de Derecho Europeo* 2013, nº 30, <http://www.iustel.com>, esp. pp. 4 y ss. En términos generales también TIRADO ESTRADA, J.J. “Mecanismos prácticos de organización y coordinación de la cooperación judicial de la Unión Europea: especial referencia a Eurojust”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal* 2002, nº 4, pp. 547-628 y “Eurojust ¿el paso definitivo hacia un nuevo marco de cooperación judicial internacional en la Unión Europea?”, *Boletín del Ministerio Público* 2003, nº 14, pp. 161-187.

⁵⁶ Disponibles en enlace https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021). Un recordatorio de las mismas y su significado en el ámbito de la cooperación judicial penal se realiza a la fecha por SALAZAR, L. “Twenty years since Tampere. The development of mutual recognition in criminal matters”, *Eucrim* 2019, nº 4, pp. 255-261.

judicial en el ámbito penal dentro del seno de la Unión Europea⁵⁷. Allí mismo se establece su objetivo fundamental, cual es “reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave” al igual que sus tareas que no son otras sino “facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales” y “apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada”; para ello propone su colaboración con los organismos a la fecha existentes en el ámbito de la cooperación judicial y policial, respectivamente, Red Judicial Europea y Europol⁵⁸. Por último, en este marco, “el Consejo Europeo pide al Consejo que adopte el instrumento jurídico necesario antes de que finalice 2001”.

De este modo se dicta la Decisión 2000/799/JAI del Consejo, de 14 de diciembre de 2000, por la que se crea una Unidad provisional de cooperación judicial⁵⁹, a fin de cumplir dicho plazo señalado en Tampere y la cual constituye antecedente directo de la Decisión 2002/187/JAI, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de

⁵⁷ Textualmente, “una unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por cada Estado miembro, con arreglo a su ordenamiento jurídico”. De interés también la página institucional <http://eurojust.europa.eu>

⁵⁸ Vid. Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), DOCE de 27 de noviembre de 1995, nº C 316, pp. 1-32, derogado por Decisión del Consejo 2009/371/JAI, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol), DOUE de 15 de mayo de 2009, nº L 121, pp. 37-66 y esta a su vez por vigente Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), DOUE de 24 de mayo de 2016, nº L 135, pp. 53-114; mayor información en servidor oficial de la institución en enlace <https://www.europol.europa.eu/es/about-europol> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021). Entre la bibliografía, a modo de ejemplo, SANZ HERMIDA, A. “Avances en la cooperación policial: la nueva oficina europea de policía”, *Revista General de Derecho Procesal* 2009, nº 18, <http://www.iustel.com> así como DE MOOR, A. y VERMEULEN, G. “The Europol Council Decision: transforming Europol into an agency of the European Union”, *Common Market Law Review* 2010, vol. 47, nº 4, pp. 1089-1121; más recientemente, en relación con la ampliación de competencias de Europol con nuevo Reglamento, BLASI CASAGRAN, C. “El Reglamento europeo de Europol: un nuevo marco jurídico para el intercambio de datos policiales en la UE”, *Revista General de Derecho Europeo* 2016, nº 40, <http://www.iustel.com>

⁵⁹ DOCE de 21 de diciembre de 2000, nº L 324, pp. 1-2. A esta unidad “situada en Bruselas y basada en las infraestructuras del Consejo” (art. 1) se la va a conocer con el nombre de Pro-eurojust (de *provisional Eurojust*); así ALONSO MOREDA, *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea...*, op. cit., p. 131.

delincuencia⁶⁰. Sin embargo, esta última se encuentra a la fecha derogada por Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust)⁶¹, la cual, a su vez, es completada por otros reglamentos de carácter interno⁶². Con ello, la anterior unidad con personalidad jurídica propia, inicialmente de naturaleza provisional y luego definitiva, con sede primero en Bruselas y luego en la Haya, se ha convertido en agencia por mor de la actual regulación.

Así la actual estructura de Eurojust conforme la norma hoy día en vigor, cual es el citado Reglamento 2018/1727, contempla un organigrama⁶³ que reúne “un

⁶⁰ DOCE de 6 de marzo de 2002, nº L 63, pp. 1-13, sucesivamente reformada; la última de ellas por Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust, DOUE de 4 de junio de 2008, nº L 138, pp. 14-32. Un comentario a la misma y posteriores reformas le dedican ALONSO MOREDA, N. “Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2012, vol. 16, nº 41, pp. 119-157; así también, en referencia a esta última reforma, TIRADO ROBLES, C. “El refuerzo de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. Comentario a la Decisión del Consejo 2009/426/JAI, de 16 de diciembre de 2008”, *Revista General de Derecho Europeo* 2010, nº 21, <http://www.iustel.com>

⁶¹ DOUE de 21 de noviembre de 2018, nº L 295, pp. 138-183. Un comentario le dedica HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. “El Reglamento (UE) 2018/1727 sobre la Agencia de la Unión Europea para la cooperación judicial penal (Eurojust): luces y sombras al amparo de los arts. 85 y 86 TFEU”, *Revista de Estudios Europeos* 2020, nº 75, pp. 225-241; así también entre la literatura de otros países ZANETTI, E. “Nasce l’Agenzia dell’Unione Europea per la cooperazione giudiziaria penale”, *Processo penale e giustizia* 2019, nº 2, pp. 302-307. En línea similar y en referencia a esta transformación de Eurojust en agencia, JORDANA SANTIAGO, M.E. “La esperada reforma de la Agencia de la Unión Europea para la cooperación judicial penal (EUROJUST). Comentario al Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018”, *Revista General de Derecho Europeo* 2019, nº 48, <http://www.iustel.com> y desde Italia CAMALDO, L. “La metamorfosi di Eurojust in Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale”, *Cassazione penale* 2019, vol. 59, nº 7, pp. 2708-2717.

⁶² En concreto y a la fecha, con carácter general, el Reglamento interno de Eurojust de 20 de diciembre de 2019, dictado a tenor del art. 5.5 Reglamento 2018/1727 y, con carácter sectorial, Reglamento interno de Eurojust relativo al tratamiento y protección de datos personales de 20 de diciembre de 2020, dictado en virtud del art. 17 de anterior reglamento interno; ambos son publicados en DOUE de 24 de febrero de 2020, nº L 50, pp. 1-9 y pp. 10-27 respectivamente.

⁶³ Un esquema del mismo se muestra igualmente en página de la institución, enlace <http://eurojust.europa.eu/about-us/who-we-are/Pages/organisational-structure.aspx> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021). Así también, un resumen en español se ofrece en página web genérica de la UE https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/eurojust_es (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021) con indicación hoy día de una plantilla de 240 personas.

miembro nacional destacado por cada Estado miembro” (art. 7.1) “asistido por un adjunto y por otra persona en calidad de asistente” (art. 7.2) además de otros posibles “adjuntos o asistentes adicionales” (art. 7.3)⁶⁴; el Colegio Eurojust compuesto por “todos los miembros nacionales y un representante de la Comisión cuando el Colegio ejerza sus funciones de gestión” (art. 10.1), el que dispondrá asimismo de un presidente y dos vicepresidentes con mandato de 4 años sujeto a reelección y funciones descritas en el artículo 11 Reglamento 2018/1727⁶⁵; el Consejo Ejecutivo con la composición⁶⁶ y responsabilidades enumeradas en su posterior artículo 16⁶⁷ y el director administrativo, “contratado como un agente temporal de Eurojust” (art. 17.1) por un período de cuatro años y que actuará

⁶⁴ Precepto que además establece que “cada Estado miembro notificará a Eurojust y a la Comisión el nombramiento de miembros nacionales, adjuntos y asistentes”; por su parte, “los miembros nacionales y los adjuntos deberán de tener la condición de fiscal, juez o representante de la autoridad judicial con competencias equivalentes a las de un fiscal o juez en virtud de su Derecho nacional” (art. 7.4 Reglamento 2018/1727). Un listado y biografía de los actuales miembros nacionales, adjuntos y asistentes se encontraba antaño en sucesivos enlaces dentro de la página web de la institución, a fecha de hoy suprimida.

⁶⁵ En particular, el presidente “representará a Eurojust; convocará y presidirá las reuniones del Colegio y supervisará la gestión diaria de Eurojust, que será competencia del director administrativo; desempeñará cualquier otra función que se le asigne en el Reglamento interno de Eurojust” (art. 11.2 Reglamento 2018/1727). Por su parte, “los vicepresidentes desempeñarán las funciones establecidas en (anterior) apartado 2 que les encomiende el presidente” (art. 11.3 Reglamento 2018/1727). A la fecha la presidencia de Eurojust se ocupa desde octubre de 2017 y tras reelección en noviembre de 2020 por Ladislav Hamran, miembro nacional de Eslovaquia; por su parte, el nombramiento de sendos vicepresidentes recayó desde septiembre de 2016 en Klaus Meyer-Cabri, miembro nacional de Alemania y desde diciembre de 2020 en Boktjan Skrlec, miembro nacional de Eslovenia, conforme información que opera en enlace <http://www.eurojust.europa.eu/about-us/organisation/presidency> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021). En cuanto al procedimiento para proceder a la elección de presidente y vicepresidentes de Eurojust se encuentra contemplado en arts. 2 y 3 Reglamento interno de Eurojust.

⁶⁶ En concreto, “el Consejo Ejecutivo estará compuesto por el presidente y los vicepresidentes de Eurojust, un representante de la Comisión y otros dos miembros del Colegio designados con arreglo a un sistema de rotación bienal de conformidad con el Reglamento interno de Eurojust” (art. 16.4 Reglamento 2018/1727). Por su parte, dicho procedimiento de rotación bienal se encuentra contemplado en el art. 10 Reglamento interno de Eurojust.

⁶⁷ En suma, “será responsable de la adopción de decisiones administrativas para garantizar el buen funcionamiento de Eurojust” y “supervisará los preparativos necesarios del director administrativo respecto de otras cuestiones administrativas para su adopción por el Colegio” pero, en cambio, “no participará en las funciones operativas de Eurojust” (art. 16.1 Reglamento 2018/1727) a las que de inmediato se realizará referencia. En todo caso, una descripción más detallada de sus funciones se realiza en posterior art. 16. 3 Reglamento 2018/1727.

como representante legal de Eurojust con funciones enumeradas en artículo 18.4 Reglamento 2018/1727⁶⁸ a modo de gerente de la institución.

Por su parte las concretas competencias y funciones de Eurojust, clasificadas estas últimas en “operativas y otras” se enumeran igualmente en artículos 3 a 5 Reglamento 2018/1727⁶⁹ interesando destacar en este punto que las mismas habrán de coordinarse con otra institución a la fecha en procedimiento de creación, cual es la denominada Fiscalía Europea pues no en vano esta última nace

⁶⁸ “En particular: a) la gestión diaria de Eurojust y la gestión de su personal; b) aplicar las decisiones adoptadas por el Colegio y el Consejo Ejecutivo; c) preparar el documento de programación a que se refiere el artículo 15 y enviarlo al Consejo Ejecutivo para su revisión; d) aplicar el documento de programación a que se refiere el artículo 15 e informar de su aplicación al Consejo Ejecutivo y al Colegio; e) preparar el informe anual de las actividades de Eurojust y presentarlo al Consejo Ejecutivo para su revisión y al Colegio para su adopción; f) elaborar un plan de acción para realizar un seguimiento de las conclusiones de los informes de la fiscalización internos y externos, las evaluaciones y las investigaciones; g) elaborar una estrategia contra el fraude para Eurojust y presentarla al Consejo Ejecutivo para que proceda a su adopción; h) elaborar el proyecto de reglamento financiero aplicado a Eurojust; i) preparar la declaración provisional de ingresos y gastos de Eurojust y ejecutar su presupuesto; j) ejercer, con respecto al personal de Eurojust, las competencias que el Estatuto de los funcionarios atribuye a la autoridad facultada para proceder a los nombramientos y que el régimen aplicable a los otros agentes atribuye a la autoridad facultada para celebrar los contratos de personal; k) garantizar que se presta el apoyo administrativo necesario para facilitar la labor operativa de Eurojust; l) garantizar que se presta el apoyo al presidente y los vicepresidentes en el ejercicio de sus funciones respectivas; m) preparar un proyecto de propuesta de presupuesto anual de eurojust, que revisará el Consejo Ejecutivo antes de su adopción por el Colegio”. La elección del director administrativo de Eurojust tiene lugar conforme el art. 15 Reglamento interno de Eurojust; a la fecha el cargo es ocupado por Nikolaos Panagiotopoulos desde 1 de julio de 2017 conforme información disponible en enlace <http://www.eurojust.europa.eu/about-us/organisation/administrative-director> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

⁶⁹ Mientras el artículo 4 se ocupa de las denominadas funciones operativas dirigidas todas ellas a la consecución de su objetivo principal enunciado en art. 85.1 TFUE posteriormente reproducido en art. 2.1 Reglamento 2018/1727, el artículo 5 enumera otra serie de funciones atinentes a “cuestiones administrativas” (art. 5.1), tales como la adopción de presupuesto anual y documento de programación, elección y/o destitución de presidente y vicepresidentes, nombramiento de director administrativo, etc. De interés los informes anuales e informes de actividades contenidos en el servidor oficial de la institución, en concreto a través de enlaces <http://www.eurojust.europa.eu/about-us/planning-asnd-reporting> y <http://www.eurojust.europa.eu/publications> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

“a partir de Eurojust” según prescripción contenida en el artículo 86.1 TFUE⁷⁰. En todo caso y a diferencia de esta última, las competencias y funciones de Eurojust se extienden más allá de la protección de los intereses financieros de la Unión, competencia atribuida de modo exclusivo y excluyente a la Fiscalía Europea en virtud de dicho artículo 86.1 TFUE. Además de la enumeración expresa y concreta contenida en anteriores preceptos citados interesa destacar la mención realizada con carácter general en el artículo 2.1 Reglamento 2018/1727⁷¹, la cual, en definitiva, reproduce la ya expuesta en el artículo 85.1 TFUE; ello con la particularidad de que, a partir de la nueva norma, tales funciones a desempeñar por Eurojust, no sólo tendrán lugar a petición de los Estados miembros sino también por propia iniciativa contribuyendo a reforzar su papel o bien a partir de la nueva Fiscalía Europea en el ámbito de sus competencias (art. 2.3)⁷².

⁷⁰ Textualmente, “para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de a Unión, el Consejo podrá crear mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial una Fiscalía Europea a partir de Eurojust”; por su parte el art.3.1 Reglamento 2018/1727 dispone como regla general que “a partir de la fecha en que la Fiscalía Europea asuma las funciones de investigación y acusación de conformidad con el artículo 120, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1939, Eurojust no ejercerá su competencia respecto a delitos para los que es competente la Fiscalía Europea”. Sobre esta relación Eurojust y Fiscalía Europea en lo que él denomina actuación subsidiaria de la segunda véase ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. “Hacia una autoridad de persecución criminal común para Europa (Reflexiones acerca de la conveniencia de crear una Fiscalía europea y sobre el papel de EUROJUST)”, *La Ley Penal* 2009, nº 56, <https://www.smarteca.es/my-library/issues/SMTA5520>, esp. pp. 13 y ss; ello si bien a mi juicio ahora la subsidiariedad ha de entenderse de Eurojust respecto de la Fiscalía Europea a tenor de la lectura del anterior art. 3.1 Reglamento 2018/1727. Sobre esta ambivalencia de funciones entre Eurojust y Fiscalía Europea en su día BRAMMERTZ, S. en G. de Kerchove y A. Weyembergh (eds.), *Vers un espace judiciaire européen/ Towards an European Criminal Area*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles 2002, pp. 105-118; así también WHITE, S. “The European Prosecutor: extensión of Eurojust or ‘prolongation’ of the Corpus Iuris proposals”, en G. de Kerchove y A. Weyembergh (eds.), *L’espace pénal européen: enjeux et perspective*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles 2002, pp. 9-30.

⁷¹ Así “Eurojust apoyará y reforzará la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir las formas de delincuencia grave para la que Eurojust sea competente de conformidad con el artículo 3, apartados 1 y 3, cuando dichas formas afecten a dos o más Estados miembros o deban perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros, por Europol, por la Fiscalía Europea o por la OLAF”.

⁷² Textualmente, “Eurojust desempeñará sus funciones a petición de las autoridades competentes de los Estados miembros o por propia iniciativa, o a petición de la Fiscalía Europea dentro de los límites de la competencia de la Fiscalía Europea”. En particular, HERNÁNDEZ LÓPEZ, “El Reglamento 2018/1727 sobre la Agencia de la Unión Europea para la cooperación judicial penal (Eurojust)...”, op. cit., esp. p. 230; el mismo autor analiza en pp. 234 y ss la relación entre Eurojust y Fiscalía Europea.

Finalmente, antes de dar inicio al examen de esta última institución, conviene recordar que también la legislación nacional y en este caso española procede a realizar regulación de esta institución o ahora agencia; así, en particular, por lo que respecta al nombramiento del miembro nacional, sus atribuciones así como las relaciones entre Eurojust y autoridades españolas (judiciales y otras). Es a la fecha y tras anterior regulación⁷³, la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción⁷⁴, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior⁷⁵ la que se ocupa de regular todas las cuestiones atinentes a Eurojust en nuestro país. Entre sus disposiciones figura, en primer lugar, el nombramiento de nuestro miembro nacional de la forma y con las condiciones allí establecidas⁷⁶, quien posee asimismo obligación de confeccionar una memoria anual de actividades⁷⁷; en segundo lugar,

⁷³ Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea, BOE de 27 de mayo de 2006, nº 126, pp. 19965-19969; dicha ley de adoptó en su día para “adaptar el ordenamiento jurídico español a las necesidades derivadas del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Decisión 2002/1877/JAI del Consejo” (Exposición de Motivos, aptdo. VIII).

⁷⁴ En ellos también despliega un importante papel Eurojust como se observa a la luz de sus informes anuales; la regulación de este supuesto se realiza en posteriores arts. 3-32 Ley 16/2015 dando la oportunidad de resolverlos directamente entre autoridades judiciales o a través de estos instrumentos orgánicos de cooperación judicial como Red Judicial Europea o aquí Eurojust.

⁷⁵ BOE 8 de julio de 2015, nº 162, pp. 56554-56572.

⁷⁶ En suma, “el miembro nacional de España en Eurojust será nombrado por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, entre magistrados o fiscales con, al menos, quince años de servicio en la carrera, acreditada experiencia en la jurisdicción penal, conocimientos en materia de cooperación jurídica internacional y dominio del idioma inglés” (art. 2.1). España ha alternado nombramientos de su miembro nacional en Eurojust entre la carrera judicial y fiscal; así respectivamente y como ha sido arriba indicado, Rubén Jiménez Fernández (2003-2006) y desde 2012 a 2020 Francisco Jiménez-Villarejo actuando entre ambos mandatos Juan Antonio García Jabaloy, también adscrito a la carrera fiscal, mientras que hoy el cargo se ocupa por el magistrado José de la Mata Amaya, nombrado por RD 1020/2020, de 17 de noviembre de 2020 (BOE de 18 de noviembre de 2020, nº 303, p. 100550). Del mismo modo los posteriores arts. 6 y 7 Ley 16/2015 se ocupan respectivamente del nombramiento de miembro nacional suplente y asistentes, entendiéndose el primero de ellos ha de referirse al miembro nacional adjunto al que hace referencia el art. 7 Reglamento 2018/1727 hoy”, en España hoy Jorge Ángel Espina Ramos, nombrado por RD 1027/2020, de 17 de noviembre de 2020, BOE de 18 de diciembre de 2020, nº 303, p. 100557.

⁷⁷ Así se dispone en art. 5.1 Ley 16/2015, textualmente, “el miembro nacional remitirá al Ministro de Justicia, al Presidente del Consejo del Poder Judicial y al Fiscal General del Estado un informe anual sobre las actividades desarrolladas”. Dichos informes son de acceso público en servidor

sus atribuciones⁷⁸ junto a otras facultades, entre ellas participación en equipos conjuntos de investigación y acceso a la información disponible en ficheros de uno y otro carácter⁷⁹; en tercer lugar, las relaciones entre Eurojust y autoridades españolas exigiendo a éstas últimas su deber de colaboración⁸⁰.

Del mismo modo la norma anterior contempla el nombramiento de lo que se denomina corresponsales nacionales de Eurojust, los cuales suelen operar para materias concretas; es el caso expresamente contemplado en artículo 15.1 Ley 16/2015 de nombramiento de corresponsal nacional español en asuntos de terrorismo y el que ha tenido recientemente lugar junto con otros corresponsales⁸¹ con sede en Madrid. Estos funcionarios, jueces o fiscales igualmente,

oficial del CGPJ, en concreto en enlace <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Informes-Organismos-Extranjeros/Eurojust/> (fecha de consulta: 10 de abril de 2020); la última memoria de actividades disponible corresponde al año 2018.

⁷⁸ Fundamentalmente “el miembro nacional en Eurojust estará facultado para recibir, transmitir, proporcionar, dar curso y aportar información complementaria en relación con la ejecución de las solicitudes y resoluciones en materia de cooperación judicial, incluidos los instrumentos de reconocimiento mutuo, remitidas por las autoridades nacionales competentes” (art. 9.1).

⁷⁹ En suma y conforme art. 12 Ley 16/2015, Registro central de antecedentes penales y demás registros públicos además de acceso a la información contenida en el Punto Neutro Judicial, Sistema de Información Schengen y/o Red Judicial Europea junto a la posibilidad de recibir información tanto de autoridades policiales nacionales como de otras instituciones europeas y así, en concreto, OLAF; por supuesto con la correspondiente obligación de proceder a la protección de datos personales conforme a la normativa en su momento aplicable según recuerda el art. 14 Ley 16/2015. A su vez y con posterioridad el art. 24 Ley 16/2015 regula la transmisión de información por parte de las autoridades nacionales competentes a Eurojust a través del miembro nacional español en los supuestos allí contemplados.

⁸⁰ De modo concreto la Ley 16/2015 establece que “los jueces y tribunales, los miembros del Ministerio Fiscal y todas las personas y entidades públicas están obligadas a prestar la colaboración requerida por Eurojust” (art. 21.1); de lo contrario, “la negativa a prestar la colaboración debida podrá ser constitutiva de responsabilidad disciplinaria” (art. 21.2).

⁸¹ Así Orden del Ministerio de Justicia JUS/341/2020, de 9 de marzo, por la que se nombran corresponsales nacionales de Eurojust y se designa al Coordinador Nacional de Eurojust, BOE de 13 de abril de 2020, nº 103, p. 28913; de este modo se reitera nombramiento como Corresponsal Nacional de Eurojust a Pedro Pérez Enciso, perteneciente a la carrera fiscal, hasta la fecha Fiscal Adjunto a la Fiscal de Sala Coordinadora de la Cooperación Penal Internacional conforme información obrante en enlace <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/cooperacion-internacional?> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021) operando también como Coordinador Nacional de Eurojust según anterior Orden del Ministerio de Justicia JUS/2477/2015, de 16 de noviembre, por la que se nombran corresponsales nacionales de Eurojust y se designa al Coordinador Nacional de Eurojust, BOE de 24 de noviembre de 2015, nº 281, p. 110.438.

actúan a modo de intermediarios entre las autoridades judiciales y/o Ministerio Fiscal de nuestro país y el miembro nacional de Eurojust en la tramitación de solicitudes de cooperación judicial, al que le prestarán igualmente “el apoyo técnico necesario para el cumplimiento de las mismas” (art. 16.1 Ley 16/2015); todo ello sin menoscabo de la comunicación directa entre el miembro nacional de Eurojust y autoridades nacionales competentes que propugna igualmente el artículo 16.3 Ley 16/2015. Por su parte, ulteriores preceptos hacen referencia a unas y otras funciones de tales corresponsales así como a un sistema de coordinación nacional de Eurojust del mismo modo contemplado con carácter general en anterior Reglamento (UE) 2018/1727⁸².

V. LA INCÓGNITA DE LA FISCALÍA EUROPEA

No es mi propósito aquí y ahora realizar un estudio completo de la nueva institución procesal penal sobre la que existe abundante y reconocida bibliografía⁸³ sino simplemente realizar un apunte sobre el significado de la misma en

⁸² Así respectivamente arts. 18 Ley 16/2015 y 20 Reglamento (UE) 2018/1727, el último de los cuales refiere implícitamente la libertad de cada Estado miembro para proceder al diseño de su oportuno sistema de coordinación nacional de Eurojust. De este modo España conforme al primero de los preceptos citados prevé la integración del sistema de coordinación español por parte del coordinador nacional de Eurojust junto con los corresponsales nacionales y de modo concreto el corresponsal nacional de terrorismo; además se suman el coordinador nacional de la Red Judicial Europea y dos puntos de contacto de la misma junto a puntos de contacto de otras redes señaladas en art. 18.1.d) y e) Ley 16/2015. Entre la bibliografía véase PÉREZ ENCISO, P. “El sistema de coordinación nacional de Eurojust” en A. Gutiérrez Zarza (coord.), *Los retos del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea en el año 2016: Reunión anual de ReDPE I*, La Ley & Wolters Kluwer, Madrid 2017, pp. 127-141; se recuerda que el autor es precisamente coordinador nacional de Eurojust.

⁸³ A modo de ejemplo los trabajos de PÉREZ MARÍN, M.A. “La futura fiscalía europea” en M. Jimeno Bulnes (dra.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Bosch Editor, Barcelona 2016, pp. 265-310 y “Instrumentos orgánicos de cooperación judicial: en especial, la Fiscalía Europea”, en M. Jimeno Bulnes (dra.) y R. Miguel Barrio (coord.), *Espacio judicial europeo y proceso penal*, Tecnos, Madrid 2018, pp. 29-55 así como su día su monografía *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una jurisdicción penal común*, Atelier, Barcelona 2013. De gran interés también la obra colectiva coordinada por BACHMAIER WINTER, L. *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid 2018 así como los números monográficos de la publicación periódica *Eucrium*, *The European Public Prosecutor’s Office*, *Eucrium* 2017, nº 3 y *The European Public Prosecutor’s Office – From the drawing board to implementation*, *Eucrium* 2018, nº 2. Igualmente y por la institución de procedencia en España merece citarse la obra publicada a la fecha desde la Fiscalía General

el organigrama judicial europeo y nacional. Creada “a partir de Eurojust” según dispone el artículo 86.4 TFUE y sin mayor guía respecto a su concreta determinación⁸⁴, se trata, sin duda, de un órgano singular que dispone de una estructura bicéfala, el que además ha de coordinarse tanto con esta última agencia en el seno de la Unión Europea como con las fiscalías nacionales de los distintos Estados miembros⁸⁵. Precisamente es España uno de los Estados que más ha contribuido al nacimiento de la nueva institución pese a ser también uno de los lugares en los que su incardinación puede conllevar mayores dificultades⁸⁶ dado el modelo procesal penal existente a fecha de hoy en nuestro país, donde aún pervive la figura del juez instructor y donde el fiscal aún no tiene encomendada

del Estado y el Centro de Estudios Jurídicos en colaboración con el Comité de Vigilancia de la OLAF resultado de seminario organizado los días 24 y 25 de enero de 2008 en la Fiscalía General del Estado; así ESPINA RAMOS, J.A. y VICENTE CARBAJOSA, I. (dres), *La futura Fiscalía Europea*, Imprenta nacional del BOE, Madrid 2008. Finalmente, ulterior bibliografía y estudio se encuentra en JIMENO BULNES, M. “La fiscalía europea y la lucha contra el fraude desde el escenario español” en AA.VV. *Interessi finanziari dell’UE e giustizia penale. Colloquio italo spagnolo*, pendiente de publicación.

⁸⁴ En esta línea LIGETI, K. “La Oficina del Fiscal Europeo. ¿Cómo determinar las reglas aplicables a su procedimiento?”, *Revista General de Derecho Penal* 2011, nº 15, <http://www.iustel.com>, en examen de los modelos hasta la fecha previstos para la implantación de la Fiscalía Europea; en términos generales, sobre la nueva arquitectura propugnada por el Tratado de Lisboa para el espacio judicial europeo en materia penal, DE ANGELIS, F. “L’espace judiciaire pénal européen: une vision se concrétise”, *Revue du Droit de l’Union Européenne* 2011, nº 2, pp. 187-193.

⁸⁵ Entre la bibliografía respectivamente ESPINA RAMOS, J. “La relación entre Eurojust y la Oficina de la Fiscalía Europea” y SATZGER, H. “La Fiscalía Europea y su coordinación con las Fiscalías nacionales: en pro de un modelo de complementariedad”, ambos en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, op. cit., pp. 125-143 y pp. 77-96. Del mismo modo, sobre el diseño a la fecha de tales relaciones entre Fiscalía Europea y Eurojust LUCHTMAN, M. y VERVAELE, J.A.E. “Agencias europeas de justicia penal y aplicación compartida (Eurojust y Fiscalía Europea)”, *Justicia* 2015, nº 1, pp. 385-432; hoy día SPIEZA, F. “The European Public Prosecutor’s Office. How to implement the relations with Eurojust”, *Eucrim* 2018, nº 2, pp. 130-136.

⁸⁶ En esta línea MORÁN MARTINEZ, R.A. “Prólogo”, en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, op. cit., pp. 7-11, esp. p. 8; la autora es a la fecha Fiscal de Sala coordinadora de la Sección de Cooperación Internacional; más información en enlace <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/cooperacion-internacional?cat=36765> (fecha de consulta: 14 de abril de 2020). Estas dificultades se advierten también por DORESTE ARMAS, D.C. “El espacio judicial europeo y la fiscalía europea como órgano de investigación y persecución penal; versus modelo procesal español”, *Diario La Ley*, 17 de mayo de 2017, nº 8981, <http://diariolaley.laley.es>, p. 19.

la dirección de la instrucción excepción hecha, como es sabido, del proceso penal de menores⁸⁷.

En efecto, tras múltiples avatares y antecedentes⁸⁸, tiene lugar finalmente la promulgación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la

⁸⁷ Para un examen comparado de modelos procesales penales véase entre la bibliografía JIMENO-BULNES, M. “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, *Justicia* 2013, nº 2, pp. 207-310, esp. pp. 263 y ss por lo que atañe a este aspecto. Así también de gran interés el estudio realizado a instancias de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (LIBE) *Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation*, PE 604.977, agosto 2018, disponible en enlace <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/70e80c5d-b64e-11e8-99ee-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF> (fecha de última visita: 14 de abril de 2020). Por último, MARTÍN PASTOR, J. *El Ministerio Público y el proceso penal en Europa*, Atelier, Barcelona 2019, con análisis de esta figura y su papel en el proceso penal tanto en España como en otros países europeos y, en concreto, Italia, Francia, Alemania, Holanda, Reino Unido, Suecia y Portugal, por este orden; así también en el ámbito internacional ZWIERS, M. *The European Public Prosecutor’s Office. Analysis of a multilevel criminal justice system*, Intersentia, Mortsel (Belgium) 2011, pp. 37 y ss. Sobre la instrucción del MF en el proceso penal de menores y su modelo para el de adultos precisamente MARTÍN OSTOS, J. “La instrucción del Fiscal en el proceso penal de menores: punta de lanza de la reforma procesal que viene”, en M. Jimeno Bulnes y J. Pérez Gil (coords.), *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penava*, Bosch Editor, Barcelona 2016, pp. 725-754, reforma procesal que aún no ha llegado pese a su anuncio hace tantos años.

⁸⁸ Entre otros y con fecha reciente, un breve recorrido del origen y actualidad de la nueva institución se realiza por DE ANGELIS, F. “The European Public Prosecutor’s Office (EPP): past, present and future”, *Eucrim* 2019, nº 4, pp. 272-276; sobre su origen en particular VERVAELE, J.A.E. “La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Iuris 2000 y de la Fiscalía Europea”, *Revista Penal* 2002, nº 9, pp. 134-148 así como RODRIGUEZ GARCÍA, N. “Aprendiendo del pasado en el proceso de creación de la Fiscalía Europea”, *Revista General de Derecho Europeo* 2013, nº 31, <http://www.iustel.com> Con carácter monográfico y además de la bibliografía ya citada, ERKELENS, L.H., MEIJ, A.W.H. y PAWLIK, M. (eds.), *The European Public Prosecutor’s Office. An extended arm or a two-headed dragon?*, Asser Press & Springer, The Hague 2014 y GEELHOED, W., ERKELENS, L.H. y MEIJ, A.W.H. (eds.), *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor’s Office?*, Asser Press & Springer, The Hague 2018, cuyas distintas contribuciones serán citadas en el presente trabajo.

Fiscalía Europea⁸⁹ (en adelante Reglamento FE) tras el acuerdo alcanzado inicialmente por 16 países a los que se fueron sumando otros Estados Miembros hasta alcanzar a fecha de hoy la cifra de 22⁹⁰. Precisamente el artículo 4 de la nueva norma indica como funciones de tal fiscalía europea el “investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371”, conocida, en suma, como Directiva PIF⁹¹, así como “ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio contra sus autores y los cómplices de éstos”; por ello que, “a tal fin, la Fiscalía Europea efectuará las investigaciones y practicará los actos propios del ejercicio de la acción penal y ejercerá las funciones de acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros”.

⁸⁹ DOUE de 31 de octubre de 2017, nº L 283, pp. 1-71. Un comentario en especial dedicado a esta norma se realiza por MONTESINOS GARCÍA, A. “Un paso adelante en la construcción de un espacio europeo de justicia penal: la fiscalía europea”, *La Ley Penal* 2018, nº 133, <http://www.smarteca.es> y “La nueva fiscalía antifraude europea”, *Revista General de Derecho Europeo* 2018, nº 46, pp. 159-207; <http://www.iustel.com>; así también CAMALDO, L. “L’istituzione della procura europea; il nuovo órgano investigativo affronda le proprie radici negli ordinamenti nazionali”, *Cassazione Penale* 2018, nº 3, pp. 958-976 y PRESACCO, L. “Profili ordinamentali del Pubblico Ministero Europeo”, *Cassazione Penale* 2018, nº 12, pp. 4399-4409. Entre otros trabajos también recientes relativos a la institución y Reglamento FE véase BRIÈRE, C. “Le Parquet européen: analyse critique d’une réussite tempérée par d’importants défis à relever”, *Cahiers de droit européen* 2019, vol. 55, nº 1, pp. 149-188 y SEILER, L. “Le Parquet européen: une révolution sans bouleversements”, *Revue de droit penal et criminologie* 2019, vol. 99, nº 11-12, pp. 1188-1215. Finalmente, un breve apunte desde la perspectiva institucional participante en la redacción de la norma comentada se realiza por CSONKA, P., JUSZCZAK, A. y SASON, E. “The establishment of the European Public Prosecutor’s Office. The road from vision to reality”, *Eucrim* 2017, nº 3, pp. 125-135.

⁹⁰ Inicialmente Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República checa y Rumania. En 2017 Letonia el 19 de abril, Austria y Estonia el 7 de junio e Italia el 22 de junio; en 2018 y hasta la fecha, Holanda el 1 de agosto y Malta el 22 de agosto. Véase información disponible en página web oficial de la institución: <https://www.eppo.europa.eu/en/members/> (fecha de último acceso: 20 de septiembre de 2021).

⁹¹ Directiva (UE) 2017/1731 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, DOUE de 28 de julio de 2017, nº L 198, pp. 29-41, conocida como Directiva PIF resultado del acrónimo francés (*Protection des intérêts financiers*). Entre la literatura, a modo de ejemplo sobre el papel de la Fiscalía Europea en relación con la Directiva PIF véase SICURELLA, R. “A blunt weapon for the EPPO? Taking the edge off the proposed Directive”, en Geelhoed, Leendert y Meijs, *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*, op. cit., pp. 99-128 así como WILLEMS, T. “Asking the right questions. Interviewing in PIF investigations”, *Eucrim* 2018, nº 2, pp. 137-140. De modo general sobre la lucha contra el fraude en la UE por ejemplo PÉREZ MARÍN, “La futura fiscalía europea”, op. cit., esp. pp. 270 y ss.

Sin embargo, esta es una de las mayores críticas realizada a la nueva institución en el capítulo de “debilidades”⁹², cual es su limitada competencia material (u objetiva) en virtud del artículo 22 Reglamento FE⁹³; la cuestión se complica en mayor medida, por cuanto la antedicha Directiva PIF además puede estar sujeta a ulterior modificación⁹⁴ además de afectar a todos los Estados miembros y no sólo a aquellos que participan de la Fiscalía Europea⁹⁵. En todo caso y dada su competencia material, es clara la necesaria colaboración que habrá de tener lugar por parte del nuevo órgano, ya no sólo con Eurojust en la línea anunciada sino con la agencia ocupada de forma específica en proceder a la lucha contra el fraude en perjuicio de los intereses de la Unión Europea mediante la realización de “investigaciones administrativas externas”; esta es la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude conocida bajo el acrónimo OLAF⁹⁶. Por otra parte,

⁹² En particular, JIMENO BULNES, “La fiscalía europea y la lucha contra el fraude desde el escenario español”, op. cit., cap. III. La Fiscalía Europea: fortalezas y debilidades.

⁹³ Con las precisiones allí mismo contenidas como son, por ejemplo y en concreto, el umbral mínimo de perjuicio por cuantía de 10 millones de euros para el caso de los delitos del art.3.2 Directiva PIF sumado a la necesidad de afectar a dos o más Estados miembro. Al respecto, VILAS ÁLVAREZ, D. “La competencia material de la Fiscalía Europea”, en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, op. cit., pp. 53-76; así también PÉREZ MARÍN, M.A. “La competencia de la Fiscalía Europea: criterios materiales y territoriales para su determinación”, *Revista Internacional CONSINTER de Direito* 2019, vol. V, nº 8, pp. 255-284, esp. pp. 260 y ss.

⁹⁴ Por ello la denominación por parte de algún autor de “referencia dinámica a la Directiva PIF”; así, en concreto, VILAS ÁLVAREZ, “La competencia material de la Fiscalía Europea”, op. cit., p. 58.

⁹⁵ Sobre estos posibles escenarios véase en particular GIUFFRIDA, F. “Cross-border crimes and the European Public Prosecutor’s Office”, *Eucrim* 2017, nº 3, pp. 149-156, esp. p. 150.

⁹⁶ Decisión 1999/352/CE de la Comisión de 28 de abril de 1999 por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), DOCE de 31 de mayo de 1999, nº L 136, pp. 20-22. Sobre sus funciones y actuación contemplada en esta y otra normativa véase GROUSSOT, X. y POPOV, Z. “What’s wrong with OLAF? Accountability, due process and criminal justice in anti-fraud policy”, *Common Market Law Review* 2010, vol. 47, nº 3, pp. 605-643, quienes precisamente también examinan la problemática de la impugnación tales resoluciones y/o investigaciones administrativas que pueden ser empleadas en el curso del proceso penal en los diferentes Estados miembros; a fecha de hoy, una visión general sobre su alcance y logros se realiza por HOFMANN, M. y STOYKOV, S. “OLAF – 20 years of protecting the financial interests of the EU”, *Eucrim* 2019, nº 4, pp. 268-271. Sobre las relaciones entre Fiscalía Europea y OLAF en particular WEYEMBERGH, A. y BRIÈRE, C. “The future cooperation between OLAF and the European Public Prosecutor’s Office”, *New Journal of European Criminal Law* 2017, vol. 9, nº 1, pp. 62-82, esp. pp. 71 y ss, señalando en páginas anteriores las oportunas diferencias entre ambas instituciones así como la importancia de la “complementariedad” entre OLAF y Fiscalía Europea. En España, por todos, PÉREZ MARÍN, M.A. “La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude: un órgano administrativo en la investigación

ciertamente, conviene recordar que el artículo 86.4 TFUE prevé la ampliación de la competencia material de la Fiscalía Europea a otro tipo de delitos que cumplan las condiciones allí descritas –a saber, que sean “graves” y que tengan “una dimensión transfronteriza”– existiendo ya hoy día alguna propuesta en esta línea; en concreto se discute la posible extensión de la competencia de la Fiscalía Europea a los delitos de terrorismo, por supuesto con dimensión transnacional⁹⁷.

Sin duda, la Fiscalía Europea participa ya claramente de una estructura vertical en el seno de la cooperación judicial europea pues se trata de órgano, aún colegiado, de carácter supraestatal⁹⁸; ello si bien su nacimiento deriva de la consideración de dicha cooperación judicial como una competencia compartida entre Estados miembros y Unión Europea⁹⁹, más aún en materia penal, por cuanto la misma pervivió con carácter intergubernamental hasta la definitiva regulación conjunta de ambas áreas en el actual Tratado de Lisboa¹⁰⁰. Por ello su anunciada

penal”, *Revista General de Derecho Procesal* 2020, nº 50, <http://www.iustel.com> y, en términos generales, “La estructura orgánica de la Unión Europea en la lucha contra el fraude y contra la delincuencia organizada transnacional”, *Revista Internacional CONSINTER de Direito* 2017, vol. III, nº 5, disponible en enlace <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-iii-numero-v/direito-penal-e-criminologia/la-estructura-organica-de-la-union-europea-en-la-lucha-contra-el-fraude-y-contra-la-delincuencia-organizada-transnacional-presente-y-futuro/> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

⁹⁷ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de septiembre de 2018 bajo el título “Una Europa que protege: una iniciativa para ampliar las competencias de la Fiscalía a los delitos de terrorismo transfronterizo”, COM(2018) 641 final. En esta línea y con fecha anterior, GIUFFRIDA, F. “Cross-border crimes and the European Public Prosecutor’s Office” y DI FRANCESCO MAESA, C. “Repercussions of the establishment of the EPPO via enhanced cooperation”, ambos en *Eucrim* 2017, nº 3, pp. 149-156 y pp. 156-160.

⁹⁸ En esta línea ALVES COSTA, J.A. “La creación de la Fiscalía Europea”, en C. Arangüena Fanego (dra.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid 2010, pp. 85-100, esp. p. 91. Sobre esta misma estructura vertical integrada en el organigrama de los distintos Estados miembros véase CONINSX, M. “The europea Commission’s legislative proposal: an overview of its main characteristics”, en Erkelens, Meij y Pawlik, *The European Public Prosecutor’s Office...*, op. cit., pp. 21-38, esp. p. 28.

⁹⁹ En esta línea, ALONSO MOREDA, *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión europea...*, op. cit., p. 21.

¹⁰⁰ Sobre la evolución de la cooperación judicial en materia penal y/o policial en particular y a la fecha JIMENO BULNES, M. “Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea”, en M. Jimeno Bulnes (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, Barcelona 2007, 998, nº 50, pp. 29-57 y “La conclusión del Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal”, *Diario*

estructura bicéfala o para otros híbrida¹⁰¹, consecuencia del nivel centralizado y descentralizado en el que pretende erigirse, única e indivisible, conforme disponen los artículos 8.1 y 2 Reglamento FE; nivel central integrado por el Colegio, Salas Permanentes, Fiscal General Europeo y sus fiscales adjuntos, Fiscales Europeos y Director Administrativo con sede en Luxemburgo¹⁰² mientras que el nivel descentralizado se ocupará por los Fiscales Europeos Delegados, establecidos en los Estados miembros (arts. 8.3 y 4 Reglamento FE) y los cuales reunirán la doble condición de fiscal europeo y nacional dando lugar en la literatura a la denominación de fiscal de “doble sombrero”¹⁰³.

En todo caso la norma europea, antes de dar inicio a la regulación de la estructura de la Fiscalía Europea desgranando la composición y funciones de anteriores órganos, se ocupa de establecer un principio de carácter general¹⁰⁴, cual

La Ley, 30 de septiembre de 2008, nº 7023, pp. 1-9. Del mismo modo, sobre las implicaciones del tratado de Lisboa, JIMENO BULNES, M. “Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial en materia penal”, en Arangüena Fanego, *Espacio judicial europeo de libertad, seguridad y justicia...*, op. cit., pp. 30-70; a fecha de hoy, CSONKA, P. y LANDWEHR, O. “10 years after Lisbon. How ‘lisbonised’ is the substantive Criminal Law in the EU?”, *Eucrim* 2019, nº 4, pp. 261-267.

¹⁰¹ En particular y bajo esta expresión, HERRNFELD, H.H. “The EPPO’s hybrid structure and legal framework. Issues of implementations – a perspective from Germany”, *Eucrim* 2018, nº 2, pp. 117-121 así como MET-DOMESTICI, A. “The hybrid architecture of the EPPO. From the Commission’s Proposal to the final act”, *Eucrim* 2017, nº 3, pp. 143-149.

¹⁰² Así se deduce del art. 106.2 Reglamento FE y así se indica desde un inicio en cualesquiera comunicados de prensa de la Unión Europea; a modo de ejemplo el de su presentación de fecha de 8 de junio de 2017 bajo el título “Veinte Estados miembros alcanzan un acuerdo sobre los detalles relativos a la creación de la Fiscalía Europea” disponible en enlace <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/06/08/eppo/> (fecha de última consulta: 23 de abril de 2020).

¹⁰³ Por cuanto condición para ser Fiscal Europeo Delegado es ser fiscal en ejercicio activo en el correspondiente Estado miembro; por todos PÉREZ MARÍN, “Instrumentos orgánicos de cooperación judicial...”, op. cit., pp. 42 y ss. Denominación que también en otros países y así, a modo de ejemplo, en Italia, donde igualmente se les conoce como fiscales de *doppio cappello*; en particular, CAMALDO, L. “L’istituzione della Procura Europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali”, *Cassazione Penale* 2018, nº 3, pp. 958-976, esp. p. 964.

¹⁰⁴ Ello junto a otros principios contenidos en el art. 5 Reglamento FE como es el caso de los principios de proporcionalidad y legalidad, el último de los cuales es posteriormente materializado en el artículo 26.1 de la misma norma; así también otros principios ínsitos en la normativa comunitaria como es el de subsidiariedad mencionado en considerando 12 Reglamento FE, de ahí la existencia de competencias compartidas entre Fiscalía Europea y fiscalías nacionales en atención a anterior

es la independencia de la nueva institución; no en vano, de forma contundente el artículo 6 Fiscalía Europea señala que “la Fiscalía Europea será independiente”¹⁰⁵. Resulta, *ab initio*, ésta una característica extraña a la propia institución fiscal¹⁰⁶ desde su posición acusadora pero que es característica propia, en cambio, de la institución judicial; independencia que, de existir, exige como contrapartida la responsabilidad de la Fiscalía Europea en justo equilibrio y la cuál se articula bajo la fórmula de “rendición de cuentas” contenida en el mismo precepto¹⁰⁷. En suma y de ser cierto, ha de tratarse ésta de una apuntada “fortaleza” de la nueva institución a añadirse junto a otra puestas ya de relieve en su día por la propia Comisión Europea en defensa de su creación¹⁰⁸, como es el valor añadido que

modelo de complementariedad. Sobre esta temática y tales principios véase LOHSE, K.M. “The European Public Prosecutor: issues of conferral, subsidiarity and proportionality”, en Erkelens, Meij y Pawlik, *The European Public Prosecutor’s Office...*, op. cit., pp. 165-182, esp. pp. 177 y ss.

¹⁰⁵ Un largo precepto para justificar esta naturaleza, textualmente, “la Fiscalía Europea será independiente. El Fiscal General Europeo, los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos Delegados, el Director Administrativo y el personal de la Fiscalía Europea actuarán en interés de la Unión en su conjunto, según se defina en la legislación, y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna persona ajena a la Fiscalía Europea, de ningún Estado miembro de la Unión Europea o institución, órgano u organismo de la Unión en el desempeño de sus obligaciones con arreglo al presente Reglamento. Los Estados miembros de la Unión Europea y las instituciones, órganos y organismos de la Unión respetarán la independencia de la Fiscalía Europea y no intentarán influir en ella en el ejercicio de sus funciones”. Al respecto en particular, KUHL, L. “The European Public Prosecutor’s office – more effective, equivalent, and independent criminal prosecution against fraud?”, *Eucrim* 2017, nº 3, pp. 135-143, esp. pp. 138 y ss en duda sobre esta independencia y esta posibilidad de investigar “sin fronteras” (*without borders*); así también MARTINEZ SANTOS, A. “El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías”, en Bachmaier Winter, *La Fiscalía Europea*, op. cit., pp. 23-51, con examen de todos los órganos enunciados en dicho precepto.

¹⁰⁶ Extrañeza que comparto con MONTESINOS GARCÍA, A. “La nueva fiscalía antifraude europea”, op. cit., afirmando que en gran número de Estados miembros “el Ministerio Fiscal se encuentra vinculado con el poder ejecutivo, como es el caso de España” (p. 181).

¹⁰⁷ Vid. CONWAY, G. “Holding to account a possible European Public Prosecutor. Supranational governance and accountability across diverse legal traditions”, *Criminal law Forum* 2013, vol. 24, nº 3, pp. 371-401, esp. pp. 391 y ss; así también, en particular, VERVAELE, J.A.E. “Judicial and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a European Public Prosecutor’s Office in the EU: the dyssimetry of shared enforcement”, en M. Scholten y M. Luchtman (eds.), *Law enforcement by EU authorities. Implications for political and judicial accountability*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK 2017, pp. 247-271.

¹⁰⁸ Vid. Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo de 11 de diciembre de 2001, COM(2001) 715 final. En la literatura, por todos, desde una perspectiva crítica, FIJNAUT, C. y GROENHUIJSEN, M.S. “A European public prosecutor service: comments on the Green paper”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2002, vol. 10, nº 2, pp. 321-336.

introduce la nueva institución en la agenda europea en su objetivo de legislar mejor (*better regulation*)¹⁰⁹; entre otros argumentos se defendió a la fecha la necesidad de evitar el fraccionamiento del espacio judicial penal europeo en el marco de la investigación transfronteriza así como la conveniencia de procurar un incremento de tales funciones de investigación en el seno de la Unión¹¹⁰.

Finalmente, dentro de este somero panorama dedicado a la Fiscalía Europea, procede recordar que ha tenido lugar el nombramiento de la Fiscal General Europea¹¹¹ (cargo recaído en Laura Codruta Kovesi, ex fiscal jefe de la Dirección Nacional Anticorrupción de Rumanía) y alguna otra decisión relativa al presupuesto de la institución¹¹², así como teniendo lugar poco a poco el avance en la

¹⁰⁹ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo “Legislar mejor: obtener mejores resultados para una Unión más fuerte”, Bruselas, 14 de septiembre de 2016, COM(2016) 615 final. Respecto del cumplimiento de este objetivo por parte de la Fiscalía Europea véase en particular HERLIN-KARNELL, E. “The establishment of a European Public Prosecutor’s Office: between ‘better regulation’ and subsidiarity concerns”, en Geelhoed, Leendert y Meijs, *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*, op. cit., pp. 41-57, esp. pp. 51 y ss.

¹¹⁰ En suma, se citan en concreto los argumentos siguientes: “1) Superar el fraccionamiento del espacio penal europeo; 2) Superar el carácter aparatoso e inadecuado de los métodos clásicos de cooperación judicial entre los Estados miembros; 3) Tramitar las investigaciones administrativas hasta la fase judicial; 4) Refuerzo de la organización y de la eficacia de las investigaciones dentro de las instituciones comunitarias” (Libro Verde, cit., pp. 13 y ss). Sobre la necesidad y eficacia de la Fiscalía Europea a la fecha ESPINA RAMOS, J. “¿Hacia una Fiscalía Europea?”, en Arangüena Fanego, *Espacio judicial europeo de libertad, seguridad y justicia...*, op. cit., pp. 101-120, esp. pp. 103 y ss, poniendo de relieve la insuficiencia del sistema aún vigente para llevar a cabo la lucha contra los intereses financieros de la Unión a cargo de la OLAF y Estados miembros.

¹¹¹ Decisión (UE) 2019/1798 del Parlamento Europeo y del consejo de 23 de octubre de 2019, por la que se nombra a la Fiscal General Europea de la Fiscalía Europea, DOUE de 28 de octubre de 2019, nº L 274, pp. 1-2 tras corrección de errores efectuada en DOUE de 31 de octubre de 2019, nº L 279, p. 11; conforme el art. 1 el nombramiento se produce “por un período no renovable de 7 años a partir del 31 de octubre de 2019” en consonancia con previsiones del art. 14.1 Reglamento FE, precepto que igualmente regula el procedimiento de selección. A tal fin tuvo lugar la creación de un comité de selección conforme dispone el art. 14.3 Reglamento FE, cuyo funcionamiento y régimen se contempla en Decisión de Ejecución (UE) 2018/1696 de Consejo, de 13 de julio de 2018, relativa a las normas de funcionamiento del comité de selección, DOUE de 12 de noviembre de 2018, nº L 282, pp. 8-12.

¹¹² Decisión (UE) 2020/545 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2020 relativa a la movilización del Instrumento de Flexibilidad para financiar medidas presupuestarias inmediatas en el contexto del brote COVID-19 y al refuerzo de la Fiscalía Europea, DOUE de 21 de abril de 2020, nº L 125, pp. 1-2, cuyo art. 1.2 prevé un presupuesto total de 43.300.000 euros en 2020 y 30.000.000 euros en 2021 (total de 73.000.000 euros) para sendas acciones.

preparación de la institución en el seno de la Unión Europea. A la fecha sólo se tiene conocimiento del nombramiento de otros órganos dentro de dicho nivel centralizado de la Fiscalía Europea y ha sido dictado el Reglamento Interno de la Fiscalía Europea conforme dispone el artículo 21 Reglamento FE¹¹³. Las noticias desde España no son mayores, especialmente por lo que atañe a la incardinación de la Fiscalía Europea en el proceso penal español y a salvo del nombramiento de Fiscal Europeo y Fiscales Europeos Delegados¹¹⁴, sin que a la fecha tampoco se disponga de enlace o información en la propia página institucional del Ministerio Fiscal en España; ello si bien ya tuvo lugar al menos en su día la transposición de la Directiva PIF a partir de la oportuna reforma del Código Penal¹¹⁵.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de esta exposición he pretendido demostrar el esencial papel que desarrollan los que he denominado instrumentos orgánicos en el seno del espacio judicial europeo, sin los cuales la aplicación de los distintos instrumentos procesales de reconocimiento mutuo resultaría “papel mojado”. No en vano, son tales profesionales jurídicos los que se enfrentan a los verdaderos problemas y casos concretos¹¹⁶ en los que tiene lugar la prestación de asistencia (aquí verdadero auxilio

¹¹³ Reglamento Interno de la Fiscalía Europea, publicado en DOVE de 21 de enero de 2021, nº 6, pp. 3-31.

¹¹⁴ A la fecha el cargo de Fiscal Europea ha recaído en M.ª Concepción Sabadell Carnicero bajo nombramiento mediante Decisión de Ejecución (UE) 2020/1117 del Consejo de 27 de julio de 2020 por la que se nombra a los fiscales europeos de la Fiscalía Europea, DOUE de 29 de julio de 2020, nº L244, pp. 18-20. Así también ha tenido lugar el nombramiento de siete Fiscales Europeos Delegados mediante Orden JUS/337/2021, de 10 de abril, por la que se resuelve el procedimiento selectivo para la designación de Fiscales Europeos Delegados, convocado por la Orden JUS/30/2021, de 22 de enero, BOE de 12 de abril de 2021, nº 87, pp. 40348-40349.

¹¹⁵ Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, BOE de 21 de febrero de 2019, nº 45, pp. 16698-16712.

¹¹⁶ No en vano y como ya en su día refería el gran maestro Piero Calamandrei, “para el buen funcionamiento del proceso... tienen mayor importancia las costumbres de los que están llamados a realizarlo en la práctica que la perfección técnica de las disposiciones abstractas que lo regulan”; así CALAMANDREI, P. *Proceso y democracia. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México* (trad. De H. Fix Zamudio), Ediciones jurídicas Europa-América-EJEA, Buenos Aires 1960, p. 57.

judicial) a jueces y magistrados de los diversos Estados miembros a la hora de llevar a cabo la solicitud y práctica de diligencias y comisiones rogatorias en ejercicio de la cooperación judicial europea; a mayor abundamiento y como relatan en ocasiones los propios profesionales que ocupan tales instituciones y órganos europeos, la asistencia a menudo no sólo es de índole jurídica y/o legal sino también lingüística. Hay que decir además, por lo que a nuestro país respecta que la Administración de Justicia en España siempre se ha mostrado y se muestra muy “proactiva” en materia de cooperación judicial en la Unión Europea, aún cuando todavía quede tarea por hacer, especialmente por lo que atañe al campo de la Fiscalía Europea en sentido apuntado, la que todavía “ni está ni se la conoce”; además, en el sentido también referido, habrá de conjugarse su papel y coordinación de tareas con las desplegadas por el juez nacional dada la vigencia del modelo de instrucción penal existente en nuestro país, a salvo de la definitiva promulgación de una nueva ley procesal penal con variación al modelo de instrucción por el Ministerio Fiscal¹¹⁷.

Por otra parte y desde la perspectiva igualmente española, ha de tenerse en cuenta el éxito de tal organigrama de apoyo a la cooperación judicial europea operando la exportación del modelo orgánico de cooperación judicial al ámbito latinoamericano como ha sido también arriba mencionado; ello tanto desde las instituciones judiciales como fiscales o de otra naturaleza. Así puede recordarse la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional o Iber-Red arriba ya

¹¹⁷ Precisamente el pasado 5 de marzo de 2019 fue dictada Orden del Ministerio de Justicia por la que se encarga a la Sección Quinta de Derecho Procesal, de la Comisión General de Codificación, la elaboración de una propuesta de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponible a la fecha en el servidor oficial de la institución, enlace https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas#id_1288800882739 (fecha de consulta: 28 de abril de 2020). Entonces se proponía como escenario el fin de año en curso para la redacción del Anteproyecto de la nueva ley procesal penal; a modo de ejemplo, noticia de prensa “Campo asegura que para final de 2020 llevará al Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de la nueva LECRIM”, *Confilegal*, 17 de abril de 2020, disponible en enlace <https://confilegal.com/20200217-campo-asegura-que-para-final-de-2020-lleva-al-consejo-el-anteproyecto-de-ley-de-la-nueva-lecrim> (fecha de último acceso: 28 de abril de 2020). A ello se suma el debate sobre la conveniencia o no de dejar en mano del Ministerio Fiscal la instrucción penal; a este respecto resalta ilustrativo el debate entre el magistrado Fernando Portillo y la fiscal Escarlata Gutiérrez “Fiscales instructores: un magistrado y una fiscal debaten a corazón abierto sobre si serán mejores que los jueces instructores”, *Confilegal*, 17 de abril de 2020, disponible en enlace <https://confilegal.com/20200417-fiscales-instructores-un-magistrado-y-una-fiscal-debaten-a-corazon-abierto-sobre-si-seran-mejores-que-los-jueces-instructores/> (fecha de último acceso: 20 de septiembre de 2021), lo que evidentemente no ha tenido lugar siendo a fecha de corrección de pruebas desconocido el desenlace, tanto más tras el cambio de titular operado en el Ministerio de justicia, ahora ocupado por Pilar Llop Cuenca.

enunciada y a la que pertenecen 23 países incluidos España y Portugal; de modo similar en el ámbito de la fiscalía, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos conocida bajo el acrónimo AIAMP y a la que también pertenecen 22 Fiscalías o Ministerios Públicos, igualmente con presencia de España y Portugal, cuyo origen es incluso de fecha anterior a su homóloga europea¹¹⁸, cual es Red de Fiscales de Cooperación Internacional. No hay duda del sustento que presta nuestro país a dichas estructuras trasladando así el modelo europeo y nacional allende los mares con el beneficio además de la sintonía idiomática.

Por tales motivos y como complemento a la tarea desempeñada por los profesionales jurídicos en el marco de dicha infraestructura de prestación de apoyo a la cooperación judicial ha de resaltarse igualmente la importancia que adquiere la formación judicial puesta a disposición por parte de la Unión Europea procurando, en la línea ya anticipada, no sólo formación legal sino también lingüística. De este modo se crea en el año 2000 la Red Europea de Formación Judicial (REFJ)¹¹⁹ integrada por las Escuelas judiciales y los distintos organismos nacionales encargados de procurar la formación judicial en los distintos Estados Miembros; la misma encuentra antecedentes en programas anteriores de formación judicial como, en concreto, el denominado programa *Grotius*¹²⁰. No en vano

¹¹⁸ Conforme la información que obra en la página web de la institución su origen tiene lugar en Brasil en 1954, si bien entonces bajo la denominación de Asociación Interamericana de Ministerios Públicos, denominación que derivó en la actual tras la incorporación de España y Portugal; así <http://www.aiamp.info/index.php/la-asociacion/quienes-somos> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2021).

¹¹⁹ Mayor información en la página web institucional www.ejtn.eu, disponible en inglés y francés; en ella se afirma como tiene lugar “la representación de los intereses de 120.000 jueces y magistrados, fiscales y formadores judiciales de toda Europa”. También de interés la información disponible en otros enlaces como https://e-justice.europa.eu/content_the_european_judicial_training_policy-121-en.do (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021) con acceso a los informes anuales sobre la participación de los distintos operadores jurídicos en tales programas de formación, el último de los cuales data de 2020; en España también de utilidad la información disponible sobre la REFJ en enlace <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Internacional/Programa-de-actividades-dirigidas-a-jueces-y-magistrados-espanoles/Red-Europea-de-Formacion-Judicial-REFJ/> (fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021).

¹²⁰ Vid. Acción Común 96/636/JAI, de 28 de octubre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea por la que se aprueba un programa de fomento e intercambios para profesionales de la Justicia, DOCE de 8 de noviembre de 1996, nº L 287, pp. 3-6. La segunda fase del programa relativa a la cooperación judicial en materia penal tuvo lugar mediante el denominado programa Grotius II creado por Decisión del Consejo, de

estas iniciativas responden al interés y preocupación siempre mostrado por la Comisión Europea en materia de formación judicial como preludeo a la implantación del espacio judicial europeo ante la gran diversidad de ordenamientos jurídicos e idiomas existentes en la Unión Europea junto con la, no menos importante, existencia de diversidad de programas de formación nacionales¹²¹.

Finalmente, dada la fecha en que se redactan estas líneas, quiero destacar la colaboración ofrecida por anteriores agencias, organismos e instituciones de cooperación judicial en la lucha contra las consecuencias del fenómeno que hoy arrasa el espacio geográfico, no ya europeo sino mundial, cual es la crisis sanitaria originada por la pandemia del COVID19 a la cual se ha sumado también la Unión Europea¹²². Así, en concreto y a modo de ejemplo, puede indicarse el papel desplegado por Eurojust en la lucha contra la delincuencia transnacional y criminalidad organizada derivada de los efectos del coronavirus coordinando investigaciones transfronterizas contra ciertos grupos y organizaciones criminales que han llevado a cabo delitos de estafa y/o informáticos relativos, por ejemplo y respectivamente, a la venta fraudulenta de mascarillas y geles hidroalcohólicos o al "pirateo" del sistema informático de algunos hospitales en diversos Estados miembros¹²³; ello bien demuestra que las agencias europeas como las nacionales

28 de junio de 2001, por la que se establece una segunda fase del programa de fomento y de intercambios, formación y cooperación destinado a los profesionales (Grotius II- Penal), DOCE de 7 de julio de 2001, nº L 186, pp. 1-3.

¹²¹ Así se pone de relieve en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la formación judicial en la Unión europea, presentada en Bruselas a fecha de 29 de junio de 2006, COM(2006)356 final, esp. p. 7, exponiendo la necesidad de fomentar un programa de mejora en tres ámbitos específicos, a saber: el conocimiento del Derecho Comunitario y/o Europeo, las competencias lingüísticas y el conocimiento de los sistemas jurídicos y judiciales de los restantes Estados miembros. También de interés en esta materia la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, relativa a la formación de jueces y fiscales y del personal al servicio de la administración de justicia en la Unión Europea, DOUE de 22 de noviembre de 2008, nº C 299, pp. 1-4 así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Crear confianza en una justicia europea nueva dimensión de la formación judicial europea", Bruselas, 13 de septiembre de 2011, COM(2011) 551 final.

¹²² JIMENO BULNES, M. "El impacto del Covid-19 en la cooperación judicial europea", *Unión Europea Aranzadi*, 2020, nº 10, pp. 31-66.

¹²³ Véase noticia de prensa de 8 de abril de 2020 disponible en URL <http://www.eurojust.europa.eu/eurojust-action-against-criminal-graves-abusing-corona-crisis> (fecha de último acceso: 20 de septiembre de 2021).

siguen trabajando aún en plena pandemia y así el inicio de 202 nuevas investigaciones por los miembros nacionales de Eurojust entre las fechas de 13 a 31 de marzo de 2020¹²⁴. De este modo resulta patente que los profesionales jurídicos que se ocupan de la Administración de Justicia en la cooperación judicial europea tampoco descansan en época de crisis.

¹²⁴ Así conforme información que obraba en su día en enlace <http://www.eurojust.europa.eu/press/PressReleases/Pages/2020/2020-04-02.aspx> (fecha de consulta: 28 de abril de 2020).

LOS TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGAS EN IBEROAMÉRICA: EN ESPECIAL, LA EXPERIENCIA CHILENA

M.^a Pilar Ladrón Tabuenca
Profesora de Derecho Procesal (Universidad de Alcalá)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. LOS TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGAS EN CHILE. 1. Características del Programa de TTD. 2. Desarrollo del Programa de TTD. IV. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO COMO INSTRUMENTO PARA IMPLEMENTAR MECANISMOS ALTERNATIVOS AL ENJUICIAMIENTO. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el ejercicio esencial de la función jurisdiccional, se lleva a cabo a través del proceso como instrumento genuino, propio, e imprescindible para que pueda alcanzar sus fines. Sólo a través de un proceso seguido con todas las garantías, se podrá aplicar el Derecho al caso concreto y así resolver los conflictos sociales de toda índole que necesariamente surgen y a los cuales un Estado de Derecho ha de dar respuesta.

En el ámbito penal se regulan las conductas más reprochables para la sociedad, que por ello han sido merecedoras de su tipificación, frente a las cuales el Estado ejerce el *ius puniendi* en aplicación del principio de legalidad, buscando con ello restablecer la paz social que se ha visto perturbada mediante la comisión del delito. Quien comete un delito quiebra esa paz social, que sería restituida mediante el cumplimiento de una pena. Pena que siendo privativa de libertad, ha de estar orientada a la reeducación y la reinserción social (art. 25.2 CE).

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, también lo es que la aplicación automática de la ley, que conlleva necesariamente la imposición y cumplimiento de una pena no asegura que el sujeto condenado se mantenga a partir de entonces al margen del mundo delictivo, ni tampoco que disminuya la comisión de ilícitos

penales. Si se hablaba de los fines de prevención general y especial de las penas, la realidad muestra que no siempre se cumplen en el sistema tradicional de justicia penal, y que al menos, merece la pena explorar nuevos campos o alternativas a su aplicación que puedan contribuir a una mayor eficacia en la prevención de futuros delitos.

Por ello, en ocasiones se hace necesario, sin dejar de ver el caso concreto, levantar la mirada y situar todos los elementos que concurren en el mismo, hechos e individuos, en su contexto social y económico concreto. De manera que la respuesta de los poderes públicos y de la Administración de Justicia a esas conductas, busque una mayor eficacia desde el punto de vista de su incidencia social.

Surgen así los planteamientos de la denominada Justicia restaurativa con sus diversas acepciones, modalidades y caracteres (alternativa, terapéutica, etc.). Y en todos ellos cabe plantearse hasta qué punto, desde la institución judicial, se puede colaborar con esa labor, con una implicación e intervención directa de la autoridad judicial para alcanzar soluciones más deseables a medio plazo ante la comisión de delitos.

En este marco, hemos tenido ocasión de conocer una modalidad de la denominada "Justicia Terapéutica", que ya tiene un cierto recorrido en su aplicación en distintos países: los Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD), que con distintas configuraciones pero con un mismo fin, persiguen abrir una alternativa de futuro a personas que cometieron delitos debido a distintas adicciones¹.

No es objeto de este breve trabajo ofrecer un estudio exhaustivo de los TTD, pero sí exponer la experiencia de un instrumento que se está mostrando útil para enfrentar problemas que aquejan la sociedad actual, y valorar si figuras similares pudieran trasladarse, con los necesarios ajustes, a nuestro sistema de justicia.

¹ No podemos por menos que mostrar nuestro agradecimiento al Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel y Presidente de la Comisión Iberoamericana de Mecanismos Alternativos y Restaurativos de Resolución de Conflictos y Tribunales de Tratamiento de Drogas (MARCTTD), D. Roberto Contreras Olivares, y a su equipo de trabajo, por el entusiasmo y disponibilidad mostradas para dar a conocer su compromiso, iniciativa y experiencia en la implantación de los TTD en Chile, como forma de contribuir desde el Poder Judicial a la mejora de la sociedad.

II. ANTECEDENTES

En los planteamientos alternativos a los sistemas tradicionales de justicia, no se trata solo de considerar el proceso penal como un instrumento para la aplicación de la pena como reacción al delito, sino de enfrentar también la problemática que subyace tras los hechos que dieron lugar al proceso, así como también la que puede derivarse del mismo. En concreto, en el caso de la Justicia Terapéutica², los esfuerzos se concentran en lograr la rehabilitación de la persona afectada o la superación de las circunstancias que le llevaron a delinquir.

Los primeros antecedentes de la creación de órganos específicos con la intención de integrar la lucha contra la drogadicción y la respuesta judicial frente a los delitos cometidos por personas drogodependientes derivados del consumo de sustancias psicotrópicas pueden encontrarse en los Estados Unidos de América, con el establecimiento en Miami en 1989 del primer Tribunal de Tratamiento de Drogas.

Esta primera “Drug court” siguió un enfoque en el tratamiento de esta problemática que ha servido de modelo a las experiencias posteriores en otros muchos países, como Canadá, Australia, México, Brasil, etc., en una lista que aumenta progresivamente. Consiste en identificar dentro del proceso a los consumidores abusivos de sustancias y darles la posibilidad de acceder a un tratamiento para superar su adicción bajo supervisión judicial, como alternativa a la privación de libertad que por lo general les sería impuesta en un sistema tradicional de justicia penal³.

La finalidad última de todos ellos es posibilitar la rehabilitación e integración social de la persona, y en consecuencia, reducir la probabilidad de reincidencia delictual. Es decir, alcanzando su objetivo fundamental, como es que el individuo

² Para un estudio más detallado de esta materia, vid. PILLADO GONZÁLEZ, Esther: “Aproximación al concepto de Justicia Terapéutica”, en PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dir.): “*Hacia un proceso penal más reparador y socializador: avances desde la justicia terapéutica*”; Ed. Dykinson, Madrid, 2019, pp. 13-24.

³ “Manual de Procedimientos sobre Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o alcohol en población adulta”, elaborado por un equipo de trabajo conformado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Senda y Fundación Paz Ciudadana, Santiago de Chile, 2017, pg. 7.

infractor pueda salir de la adicción que propició su actuación delictiva mediante el seguimiento de un tratamiento de rehabilitación, que reduzca en buena medida el riesgo de reiteración delictiva. Se trata pues de que el delito no reciba solo una respuesta penal, sino también médica, psicológica y social de forma coordinada.

Junto a ello, se alcanzarían también otros fines de forma indirecta, como son el mejor aprovechamiento de los medios materiales y personales de la Administración de Justicia, la disminución de la población penitenciaria, con la disminución del coste económico de fondos públicos que supone, así como la recaída en el consumo de sustancias psicotrópicas o alcohol.

III. LOS TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGAS EN CHILE

La primera experiencia piloto de TTD en Chile se inició en Valparaíso en el año 2004, a iniciativa tanto de autoridades judiciales y fiscales como de varias instituciones públicas y privadas implicadas en la prevención y rehabilitación de drogadicciones⁴, y en la fecha actual su número se encuentra en torno a los treinta órganos que participan en estas actividades.

Uno de los primeros aspectos que debemos remarcar es que no se trata de “tribunales” en sentido estricto, como órganos judiciales específicos a los que se encomiende el conocimiento de este tipo de problemáticas, sino de un programa que se inserta dentro del sistema de justicia penal ordinaria, con la idea de poder ofrecer a las personas imputadas por delito y con un consumo problemático de droga o de alcohol, una salida alternativa a la sanción penal con la intervención directa de la autoridad judicial. En concreto, son los Juzgados de Garantía los que pueden implementar este programa, órganos que están en el primer escalón de la organización judicial⁵, y por tanto, los primeros que

⁴ CONTRERAS OLIVARES, Roberto y otros: “Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol en Chile. Diagnóstico y proyecciones”. Ed. Poder Judicial República de Chile, 2018.

⁵ Su ámbito de actuación se delimita en el art. 14 del Código Orgánico de Tribunales (Ley 74219): “Los juzgados de garantía estarán conformados por uno o más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento. Corresponderá a los jueces de garantía:

a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal;

toman contacto con el imputado tras su detención e iniciación de diligencias de instrucción por la Fiscalía.

En términos breves, se trata de dar la posibilidad al imputado por delitos no especialmente graves ni violentos que tengan una relación directa con el consumo de ciertas sustancias, de seguir un tratamiento específico de deshabitación, bajo supervisión directa del Tribunal mediante comparencias personales periódicas, durante el cual quedará en suspenso el proceso penal. De manera tal que, de resultar exitoso el tratamiento, se podrá archivar definitivamente la causa. Y por el contrario, de no seguir las pautas indicadas o rechazar en algún momento permanecer en el programa, se continuaría su tramitación para el debido enjuiciamiento del delito y, en su caso, imposición de la sanción penal.

1. Características del Programa de TTD

Atendiendo al aspecto objetivo, no cabe plantear la implementación del TTD ante cualquier hecho delictivo, sino frente a aquellos de no especial gravedad ni violencia. Sendo imprescindible acordar la medida de suspensión condicional del procedimiento, solo cabe cuando la causa penal se hubiera iniciado por delitos cuya pena no supere los tres años de privación de libertad (art. 237 CPP)⁶.

-
- b) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal;
 - c) Dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal;
 - d) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal;
 - e) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena que ella les asigne;
 - f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal;
 - g) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomiende; y
 - h) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código, la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomienden”.

⁶ La Fundación Paz Ciudadana, una de las impulsoras de los TTD en Chile, reseñó que el mayor porcentaje de delitos cometidos por personas incorporadas en el año 2008 al Programa TTD fueron delitos contra la propiedad (33%), seguido de delitos de violencia intrafamiliar (26%), contra el orden y la seguridad pública (15%), en materia de drogas (8%), y contra las personas (7%).

Desde el punto de vista subjetivo, el éxito del programa exige la participación comprometida de todos los sujetos implicados. En primer lugar, la persona que opta por participar en el programa, y a su lado, el resto de profesionales que intervienen en el proceso (Juez, Fiscal, Abogado) y también los equipos médicos y psicosociales que acompañan al afectado en el desarrollo del Programa, pues todos han de asumir el papel en cierta medida de "agentes terapéuticos" y participar en las audiencias de seguimiento y reuniones preparatorias de las mismas.

En cuanto al imputado, su ingreso en el Programa de TTD siempre es voluntario. Si bien es una alternativa para evitar la continuación del proceso penal y en su caso, la condena si llega a culminar el tratamiento y/o cumplir las condiciones impuestas por el juez, el condicionante de la drogadicción y las circunstancias psicosociales que suelen acompañarle, no hacen de ello una empresa sencilla.

Los términos empleados para identificar a posibles candidatos hacen referencia a que se trate de personas con "consumo problemático de drogas". Esto es, que en principio solo serían susceptibles de ingresar en estos programas los imputados cuya adicción condicionara de forma relevante su actuación delictiva, quedando fuera los consumidores ocasionales de estas sustancias.

Pero adicionalmente, este sujeto no ha de contar con condenas previas por crímenes o delitos simples⁷, ni haber gozado con anterioridad de este beneficio en otra causa y aún estuviera vigente.

Por otro lado, una de las notas más relevantes que caracterizan los TTD es la intervención e implicación directa del órgano judicial, desde la valoración de la voluntad del imputado a la fijación de las condiciones que habrá de cumplir y en especial, respecto del control y seguimiento del programa y la garantía de sus derechos.

Es más, el juez asume un papel fundamental, puesto que las comparencias periódicas obligatorias del imputado ante el tribunal incentivan una mayor adherencia al tratamiento⁸.

⁷ El art. 3 del Código Penal chileno distingue los delitos, atendiendo a la gravedad de la pena que tienen señalada, en tres categorías: crímenes, simples delitos y faltas.

⁸ En este sentido, PILLADO GONZÁLEZ, Esther: "Aproximación...", op. cit., pg. 22, quien afirma incluso que "se utiliza la autoridad del juez de una manera creativa para obtener resultados en el proceso de rehabilitación".

Por su parte, el Fiscal, tras detectar al valorar las circunstancias de un delito que pudiera haberse cometido por un posible candidato a este mecanismo, es de quien parte la iniciativa de plantear el sometimiento del sujeto al programa.

No puede obviarse tampoco el papel a desempeñar por el defensor del imputado, en cuanto a la información al imputado de todo lo relativo a este mecanismo alternativo y sus consecuencias para que pueda tomar con los suficientes elementos de juicio la decisión de acceder al mismo. También deberá tener conocimiento del desarrollo del proceso de rehabilitación para así asesorar y garantizar los derechos de la persona implicada como parte procesal primero y usuario del programa después, y participar en todas las audiencias que pudieran tener lugar.

Junto a los anteriores, el denominado equipo biopsicosocial, conformado por un profesional de la Psicología, del Trabajo Social y de la Psiquiatría o especialista en salud mental, realizará sus funciones desde el comienzo del programa, con la evaluación diagnóstica del caso, las entrevistas, elaboración de informes y seguimiento en sus respectivos ámbitos de conocimiento. Para terminar con el Centro de Tratamiento donde se vaya a llevar a cabo el concreto plan terapéutico adecuado a las necesidades y circunstancias específicas de la persona.

2. Desarrollo del Programa de TTD

En caso de que el Ministerio Fiscal detecte que alguno de los casos que le competen pudiera ser compatible con este programa, solicitará la suspensión condicional del procedimiento y lo comunicará al equipo psicosocial a fin de que valoren las circunstancias concurrentes en el posible candidato, de lo cual informarán tanto al Fiscal como a la Defensa.

Tras ello, se llevará a cabo una evaluación diagnóstica por un médico especialista, que si resulta positiva permitirá al candidato ingresar formalmente en el programa TTD, durante el cual deberá cumplir el tratamiento o plan individual de trabajo y comparecer a las audiencias periódicas de seguimiento por el Juez de garantía para verificar los avances o retrocesos en el tratamiento, así como el cumplimiento de las condiciones impuestas en la resolución por la cual se suspendió el procedimiento.

En ellas, evitando un enfoque contradictorio entre las partes⁹, se oirá tanto al sujeto como a los profesionales en contacto con las actividades del programa, y el Juez podrá adaptar las condiciones impuestas a las circunstancias concretas que vayan produciéndose a lo largo del desarrollo del programa, los posibles logros obtenidos, dificultades, etc.

Estas audiencias se prolongarán mientras el usuario del programa permanezca en el mismo, ya sea por el transcurso del periodo fijado por el Juez de garantía o con anterioridad a este momento, si hubiera alcanzado los objetivos terapéuticos fijados, o por el contrario, si lo abandonase o no diera cumplimiento a las condiciones fijadas (lo cual, como ya se ha indicado, supondría la revocación de la suspensión, continuando el proceso penal por los cauces ordinarios).

En sí, la revocación vendría determinada a causa de que dejaran de concurrir los presupuestos para la adopción de la suspensión condicional del procedimiento e ingreso en el Programa, como sería el hecho de que se formalizara investigación frente al usuario (imputado) por un nuevo delito, que se constatare su falta de voluntad para la continuación del tratamiento, o bien que incumpliera las condiciones impuestas por el Juez de garantía. En todo caso, éste goza de la plena libertad para modificarlas en cualquier momento, a la luz de los resultados de las audiencias de seguimiento.

Para concluir este apartado, puede resultar útil para valorar el alcance de los TTD reseñar algunos datos concretos. En el año 2014, ingresaron 314 imputados en el programa, y a fines de 2015, 75 habían sido sobreseídos (el 24%). Y de esta cifra, 51 egresaron con éxito del programa, 5 no habían completado el tratamiento y respecto de 19 no existían datos adicionales¹⁰. Quizá las cifras no parezcan excesivamente altas, pero lo cierto es que 51 imputados con consumo problemático de drogas o alcohol, consiguieron completar su tratamiento de deshabitación, lo cual no puede sino considerarse un gran logro, personal e institucional.

⁹ CONTRERAS OLIVARES, R.: "Tribunales de Tratamiento...", cit., pg. 24.

¹⁰ Con la finalidad de evaluar los resultados obtenidos por este programa después de una década de funcionamiento del primer TTD, se constituyó una unidad de seguimiento dependiente del Poder Judicial que elaboró un informe con un análisis cuantitativo del estado de los mismos, basándose en los datos de ingresos al programa correspondientes al año 2014 y su estado a fines del año 2015. Los datos indicados han sido extraídos de dicho informe. Cfr. CONTRERAS OLIVARES, R.: "Tribunales de Tratamiento...", cit., pg. 50.

IV. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO COMO INSTRUMENTO PARA IMPLEMENTAR MECANISMOS ALTERNATIVOS AL ENJUICIAMIENTO

Si ante la comisión de un hecho delictivo se entiende conveniente intentar la búsqueda o aplicación de sistemas alternativos a la sanción establecida para ese delito en la norma penal, es necesario contar con la cobertura legal que permita que el proceso penal que habrá de iniciarse no siga su curso ordinario. En el caso de los TTD, la figura procesal que permite su aplicación, aun no refiriéndose a ellos expresamente, es la denominada suspensión condicional del procedimiento, que no está contemplada en términos semejantes en leyes procesales españolas¹¹.

El Código Procesal Penal chileno, dentro del Título I, dedicado a la Etapa de investigación, dedica su capítulo (párrafo) sexto a dos salidas alternativas al proceso de aplicación en esta fase inicial: la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios¹². Bajo la primera de ellas se ampara la posibilidad de aplicar a una persona investigada por la comisión de un delito el programa de TTD.

En realidad, no se trata de un mecanismo previsto específicamente para estos casos, sino para todos aquellos en que el delito cometido no sea grave (que no tuviera aparejada una pena que exceda de los tres años de privación de libertad), la persona investigada no tuviera antecedentes delictivos y no se hubiera beneficiado anteriormente de otra suspensión.

Exponemos a continuación sus rasgos generales, recogidos en los artículos 237 a 240 y 245 del Código Procesal Penal.

¹¹ A diferencia de lo que sucede en otros países del entorno iberoamericano, como en México, con la denominada "suspensión del procedimiento penal a prueba del acusado" en el estado de Querétaro, en Ecuador, con la misma denominación, o en Argentina, con la "suspensión del juicio a prueba".

¹² Estos podrían ser convenidos entre víctima e imputado, en el caso de que el delito afectare a bienes de carácter patrimonial, o se tratara de lesiones menos graves o delitos imprudentes, debiendo ser aprobados judicialmente. Una vez cumplidas o garantizadas a plena satisfacción de la víctima las obligaciones pactadas, el tribunal declarará el sobreseimiento total o parcial de la causa, con la consiguiente extinción de su responsabilidad penal (arts. 241-242 CPP).

En primer lugar, en cuanto al procedimiento para que pueda acordarse, debemos indicar que esta medida se adopta por el Juez de Garantía, a solicitud del Fiscal y con el acuerdo del imputado. Y para ello, se les convocará, junto con la defensa, a una audiencia en la que también deben ser oídos, si deciden comparecer, tanto el querellante, si lo hubiera, como la víctima del delito.

Conviene destacar que previamente a esta audiencia, el imputado ha de haber adquirido esta posición procesal, lo que exige que previamente se haya procedido a la formalización de la investigación, acto equiparable a la imputación formal en el derecho español, por el cual el Fiscal comunica al imputado, en presencia del Juez de Garantía, que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o varios delitos concretos¹³.

De estimar procedente la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, el Juez de Garantías fijará una serie de condiciones¹⁴ que necesariamente habrá de cumplir el beneficiario de la misma, y que podrían ser modificadas a lo largo de todo su periodo de vigencia, el cual no podrá tener una extensión temporal inferior a un año ni superior a tres.

¹³ Recordemos que en el proceso penal chileno, la fase preparatoria o de investigación corresponde al Ministerio Público, con la vigilancia e intervención del Juez de Garantía para la adopción de medidas cautelares o la autorización de determinadas diligencias de investigación, entre otras funciones.

¹⁴ Tales condiciones posibles no constituyen un listado cerrado, de manera que pueden ser adaptadas a las circunstancias concretas de cada caso. Así, establece el art. 238 CPP, el juez de garantía podrá acordar “que durante el período de suspensión, el imputado esté sujeto al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

- a) Residir o no residir en un lugar determinado;
- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
- c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
- d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación;
- e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento;
- f) Acudir periódicamente ante el ministerio público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas;
- g) Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo, y
- h) Otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público”.

La eficacia inmediata de esta resolución que acuerda la suspensión condicional del procedimiento consiste en que el procedimiento para el enjuiciamiento del delito queda en suspenso, y de igual modo los plazos de finalización de la investigación y también los de prescripción de la acción penal. Suspensión que se mantendrá durante toda la extensión prevista de la medida o hasta que fuera revocada, ya fuera por el incumplimiento de las condiciones impuestas al beneficiario, o por la formalización de una investigación por hechos distintos.

De mantenerse durante todo el tiempo establecido en la resolución, el efecto más importante es que se extinguirá la acción penal, de forma tal que el Juez dictará el sobreseimiento definitivo de la causa. No así respecto de la acción civil, que puede ser exigida en vía civil, de no haber sido satisfecha previamente (puesto que el abono de una indemnización podría haber sido impuesto como una de las condiciones a cumplir durante el período de suspensión).

Resulta claro, a nuestro juicio, que un mecanismo como el expuesto difícilmente podría tener cabida en los sistemas procesales donde el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal rija de una manera casi absoluta, como sucede en el español. El margen que se reserva al principio de oportunidad (oportunidad reglada mediante la figura de la conformidad) es todavía bastante estrecho, pues incluso mediando la conformidad del investigado o acusado, el proceso concluirá con una sentencia condenatoria, cuyo cumplimiento determinará la extinción de la responsabilidad penal.

Aun existiendo figuras en nuestro derecho sustantivo que también responden a que el juzgador pueda valorar las circunstancias personales del responsable de un delito que hayan podido afectar en su comisión, así como autorizar medidas tendentes a facilitar su mejor reinserción social, no tienen a nuestro juicio el mismo alcance.

Así, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad prevista en el Código Penal guarda una cierta similitud en cuanto a las circunstancias en que podría acordarse con el ámbito material de la medida de suspensión condicional del procedimiento, al proceder ante condenas privativas de libertad de escasa extensión, o tratarse de delitos cometidos por personas que hubieran

delincuado por primera vez, cuyos antecedentes hubieran sido cancelados o cancelables o no se apreciara riesgo de reiteración delictiva¹⁵.

Igualmente se observan rasgos similares en los casos en que se contempla la posibilidad de conceder la suspensión de la ejecución de la condena, aun sin darse las circunstancias señaladas, respecto de aquellos condenados que hubieran culminado con éxito un tratamiento de deshabituación de adicciones o se encuentren siguiéndolo, pudiendo condicionarlo al no abandono del tratamiento¹⁶. Pero en todo caso, se trata de personas respecto de las que el proceso penal ha transcurrido en todas sus fases, de forma tal que la respuesta al ejercicio de la acción penal tras la comisión de los hechos que les fueron imputados, ha fructificado en una sentencia condenatoria.

¹⁵ Art. 80.2 CP: “Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.ª Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”.

¹⁶ Art. 80.5 CP: “Aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación”.

Es decir, son beneficios que el órgano judicial puede conceder al penado a fin de favorecer su reintegración social o rehabilitación, paliando la cierta rigidez y efectos negativos que en determinados supuestos conlleva el cumplimiento en sus estrictos términos de las penas impuestas en el sistema de justicia penal tradicional. Pero no pueden calificarse como medidas alternativas al enjuiciamiento, como sí lo serían las seguidas en los TTD.

Igualmente podría aludirse a otras normas de derecho sustantivo que de alguna manera responden también a la necesidad de tomar en consideración las concretas circunstancias del sujeto al cometer el delito a la hora de graduar la pena, como sería la circunstancia atenuante del art. 21.2 CP, o la previsión del párrafo segundo del art. 376 CP que permite imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que fuera drogodependiente al cometer los hechos, y acredite haber concluido un tratamiento de deshabituación. De nuevo, no se trata de alternativas al proceso, sino en estos ejemplos, de la posibilidad de aplicar una reducción de la pena a la vista de la prueba de esta circunstancia, siempre externa al proceso.

Por otro lado, en la normativa procesal tampoco hay figuras asimilables a la suspensión condicional del procedimiento, pues en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal encontramos previsiones para la suspensión temporal de actos concretos¹⁷, pero no del procedimiento en sí mismo considerado para seguir un mecanismo alternativo que de culminar con éxito, derivaría en una declaración judicial de extinción de la responsabilidad penal por la comisión de unos delitos que no llegarían a ser enjuiciados.

En suma, mientras no se acometa una reforma procesal que introduzca en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la posibilidad de acudir a mecanismos como la suspensión condicional del procedimiento u otros similares para poder aplicar, cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, medios alternativos al enjuiciamiento, difícilmente tendrán cabida en nuestro ordenamiento sistemas de Justicia Terapéutica.

¹⁷ Por ejemplo, suspensiones del juicio oral a instancia de parte por diversos motivos (arts. 744 a 749 Lecrim., o 793.7 ante los cambios de calificación en el trámite de conclusiones definitivas).

V. CONCLUSIONES

Si bien es cierto que las adicciones no son el único factor propiciador de la conducta delictiva, sino que por lo general coadyuva con otros de índole social y económica, abordarlas desde una actuación y compromiso conjunto de los sujetos implicados y la institución judicial permite un tratamiento integral y coordinado que puede ser fundamental para liberar al autor del delito de esa dependencia. Y con ello, propiciar su plena recuperación e integración en la sociedad, eliminando en gran medida el riesgo de reincidencia, pues supone abrir una puerta donde apenas se vislumbraba salida alguna.

La experiencia que se ha expuesto, y que se viene aplicando con éxito en otros países, conlleva trasladar el punto central del sistema desde el delito a la persona, lo que también puede suponer algunos riesgos. Y ciertamente, figuras como la tratada en este trabajo plantean diversos interrogantes, ante la eventual falta de sanción penal de un delito cometido. Al legislador y a la sociedad en su conjunto corresponde valorar si merece la pena asumirlos o continuar en una línea punitiva absoluta cuyos resultados a lo largo del tiempo ya conocemos.

Pero son cuestiones de política criminal por las que el legislador podrá optar o no, para dar respuesta a una problemática social cada vez más acuciante, y que hacen necesario un planteamiento global de los fines que ha de cumplir el proceso penal, junto al (o quizá más allá del) enjuiciamiento y punición del delito.

Bibliografía

AHUMADA MANDAKOVIC, Alejandra: "Herramientas legales para la instalación de tribunales de tratamiento de droga en la legislación comparada"; en la Revista "Concepto"; Fundación Paz Ciudadana, ed. n° 13, febrero de 2010, pp. 2-12.

COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (CI-CAD): "*Tribunales de Tratamiento de Drogas. Una respuesta internacional para infractores dependientes de drogas*", Departamento de Programas de Justicia, American University, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), Organización de los Estados Americanos, 2013.

CONTRERAS OLIVARES, Roberto y otros: "Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol en Chile. Diagnóstico y proyecciones"; Ed. Poder Judicial República de Chile, 2018.

"Manual de Procedimientos sobre Programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o alcohol en población adulta", elaborado por un equipo de trabajo conformado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Senda y Fundación Paz Ciudadana, Santiago de Chile, 2017.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther: "Aproximación al concepto de Justicia Terapéutica", en PILLADO GONZÁLEZ, Esther (dir.): "*Hacia un proceso penal más reparador y socializador: avances desde la justicia terapéutica*"; Ed. Dykinson, Madrid, 2019, pp. 13-24.

REBOLLEDO LATORRE, Lorena: "Visión prospectiva en los Tribunales de Tratamiento de Drogas"; *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 50, marzo 2012, pp. 109-117.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL PROCESO PENAL¹

María Elena Laro González

Departamento de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL PROCESO PENAL AL AMPARO DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/680. III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya algún tiempo las políticas europeas se han centrado en la protección de datos personales y en el intercambio de dichos datos en aras a la prevención y persecución penal. En la construcción del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ), se puso de manifiesto en el Programa de La Haya –2005-2009– la necesidad de encontrar el equilibrio entre el intercambio de información por las fuerzas de seguridad, para la lucha contra la delincuencia transfronteriza, y la necesidad de salvaguardar la vida privada y la protección de los datos². Igualmente, se reafirmó en el seno del Programa plurianual para el

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+I “Instrumentos de reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones penales. Incorporación al Derecho español de los avances en cooperación judicial en la Unión Europea” (MINECO, ref. DER 2015-63942-P).

² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, (COM 2005 184 final), 10 de mayo de 2005. Concretamente, se señala entre los objetivos estratégicos la prioridad de “Lograr el equilibrio adecuado entre el derecho a la intimidad y la seguridad cuando se comparte información entre autoridades policiales y judiciales, apoyando y fomentando un diálogo constructivo entre todos los interesados con objeto de identificar unas soluciones equilibradas respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos, así como el principio de disponibilidad de la información tal como se contempla en el Programa de La Haya”.

período 2010-2014 –Programa de Estocolmo–³, donde se contemplaba como objetivo la mejora de la protección de los datos personales. En el año 2017, se efectuó una revisión intermedia de estas orientaciones. Recientemente, en la nueva Agenda Estratégica 2019-2024⁴ también se ha hecho mención a la mejora en la cooperación y en el intercambio de información para intensificar la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

La base jurídica del derecho a la protección de datos de las personas físicas podemos encontrarlo plasmado en los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE) y en el art. 16, apdo. 1 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE). Sin olvidar, que en el ordenamiento jurídico español esta previsión se encuentra contemplada en el art. 18 de la Constitución Española (en adelante, CE).

Finalmente, hoy en día estas prioridades se han plasmado en la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y sobre la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (en adelante, Directiva 2016/680/UE)⁵.

No debemos obviar, aunque no sea objeto del presente estudio, la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave⁶.

Paralelamente a lo anterior, y fuera del ámbito penal, se gestó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016,

³ Programa de Estocolmo “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, DO C 115 de 4 de mayo de 2010. Este Programa trae su origen en la comunicación que presentó la Comisión al Parlamento, titulada “Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos”, (COM 2009 262 final), de 10 de junio de 2009.

⁴ Vid. Comunicado de prensa del Consejo Europeo, de 20 de junio de 2019.

⁵ DOUE L 119/89, de 4 de mayo de 2016.

⁶ DOUE L 119/132, de 4 de mayo de 2016.

relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE⁷ (en adelante, RGPD), el cual resultará de aplicación al tratamiento total o parcial automatizado de datos personales, así como al tratamiento de datos no automatizados contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero –art. 2–, constituyendo la excepción a este ámbito de aplicación el tratamiento de los datos que se efectúe por las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales –será de aplicación la Directiva 2016/680/UE–.

En definitiva, la tendencia responde no solo a una actuación para investigar y perseguir el delito cometido, sino que también se prevé una actuación proactiva, con carácter de *prevención* delictiva, lo cual pone de manifiesto que se está dotando de una estructura anticipadora⁸. Este tipo de investigaciones preventivas, como veremos a continuación, pueden colisionar con el principio de especialidad.

II. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL PROCESO PENAL AL AMPARO DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/680

Debemos partir de la premisa que para adoptar una medida de investigación con injerencia en los derechos fundamentales de investigados y/o acusados, la

⁷ DOUE L 119/88, de 4 de mayo de 2016.

⁸ SÁNCHEZ RUBIO, A., “El uso de los datos personales inherentes a las pruebas electrónicas obtenidas mediante la orden europea de investigación”, en VVAA (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.) *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 183 y ss. En este sentido, manifiesta la autora con buen criterio que “[] ya no se trata, únicamente, de reaccionar frente al delito cometido, sino antes de eso impedir su comisión, anudando al sistema de justicia criminal una función de carácter anticipativo, que hasta ahora le ha sido ajena. Se trata de una modificación de gran calado, estrechamente ligada al desarrollo tecnológico, ya que la tecnología se convierte en el medio posibilitador de la evitación. En este sentido, la acumulación y tratamiento automatizado de la información obrante en bases de datos con fines preventivos y predictivos son claros ejemplos del paralelismo existente entre el surgimiento de la evitación del delito como principal finalidad del sistema de justicia criminal y la revolución tecnológica”.

misma debe estar justificada con los fines que la legitiman, estando por tanto sometida al principio de proporcionalidad⁹. Es decir, debemos valorar que el sacrificio que suponga la medida para los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que reporte para el interés público y de terceros¹⁰.

En lo concerniente a la Directiva 2016/680/UE, tenemos que hacer referencia al contenido del art. 4.1 donde se detallan los principios rectores de la obtención, cesión y tratamiento de datos personales, considerando que los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean:

- a) tratados de manera lícita y leal;
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados de forma incompatible con esos fines;
- c) adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que son tratados;
- d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se habrán de adoptar todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que son tratados;
- e) conservados de forma que permita identificar al interesado durante un período no superior al necesario para los fines para los que son tratados;
- f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidentales, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas adecuadas.

⁹ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., "Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de la ley", *Revista de derecho Político*, nº 98, enero-abril 2017, pp. 91 y ss.

¹⁰ *Vid.* art. 588 bis a) LECRIM. Dispone el precepto que "para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho".

Como ya adelantamos al principio de este epígrafe, esto pone de manifiesto la necesidad que la medida de investigación que implique el tratamiento de los datos personales esté sujeta a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida¹¹.

Ahora bien, esta regla general establecida en el art. 4.1 de la Directiva 2016/680/UE se excepciona con lo dispuesto en el art. 4.2 de la mencionada Directiva. Esto es, que se permite el tratamiento de los datos personales para los fines del art. 1.1 –fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento– distintos de aquel para el que se recogieron, siempre que el responsable del tratamiento esté autorizado, y con sujeción a los principios de necesidad y proporcionalidad. Lo que viene a posibilitar dicha cláusula es el tratamiento de los datos para el mismo fin pero en distinta causa penal. Aquí existe una diferencia con su norma predecesora antes citada –la DM 2008/977/JAI– y es que en la norma derogada se permitía el tratamiento para otros fines distintos a los vinculados con el ámbito penal, cuestión que queda zanjada en la nueva redacción de la Directiva 2016/680/UE, pues necesariamente el tratamiento de los datos tienen que ser para fines de *prevención, investigación, detección o enjuiciamiento*¹². Por tanto, esto se configura como la excepción al principio de especialidad.

Otra cuestión que nos parece relevante es el hecho de otorgar al responsable del tratamiento¹³ la facultad de realizar el control de necesidad y proporcionalidad,

¹¹ GONZÁLEZ CANO, M.I., «Cesión y tratamiento de datos personales, principio de disponibilidad y cooperación judicial penal en la Unión Europea», en VVAA (Dir. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio) *Cesión de Datos Personales y Evidencias entre Procesos Penales y Procedimientos Administrativos Sancionadores o Tributarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 41 y ss; Idem. “Reflexiones sobre libre circulación de datos personales y principio de disponibilidad en el ámbito de la cooperación judicial penal en la Unión Europea” en VVAA (coord. CACHÓN CARDENAS, M. y FRANCO ARIAS, J.) *Derecho y Proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, 2018, Vol. II, pp. 1073 y ss.

¹² “Garantías del investigado y acusado en orden a la obtención, cesión y tratamiento de datos personales en el proceso penal. A propósito de la Directiva (UE) 2016/680 y su impacto en materia de prueba penal” en VVAA (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 138; PILLADO GONZÁLEZ, E., “Difícil equilibrio entre seguridad y salvaguarda del derecho a la protección de datos personales en la prevención, investigación y represión de delitos en la Unión Europea”, en VVAA (dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.) *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 550 y ss.

¹³ Entiéndase por responsable del tratamiento la definición dada por el art. 3: “«responsable del tratamiento» o «responsable»: la autoridad competente que sola o conjuntamente con otras determine los fines y

supuesto que si se produce en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad de autorizar el tratamiento de dichos datos para otra causa penal recaerá por medio de autorización judicial¹⁴.

Por su parte, debemos traer a colación lo dispuesto en la LECRIM sobre la excepción al principio de especialidad, es decir que los datos personales recabados en la investigación de un delito concreto sean cedidos a otro proceso penal. A tal efecto, se pronuncia el art. 588 bis i de la LECRIM sobre el descubrimiento casual, el cual hace una remisión al art. 579 bis. Aunque esto queda condicionado a la legitimidad de los derechos fundamentales del investigado en el primer proceso penal. Además, debería producirse un doble control, es decir, en el segundo proceso penal, al que se van a ceder los datos, debería controlarse la concurrencia de los presupuestos del art. 588 bis a) de la LECRIM¹⁵.

Por otro lado, en conexión con el principio de proporcionalidad debemos tener en cuenta la normativa reguladora española en lo relativo a la incorporación de los datos electrónicos de tráfico o asociados –art. 588 ter j) de la LECRIM– donde se estipula expresamente que los datos conservados por prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación sólo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con *autorización judicial*¹⁶.

El interrogante se plantea en cuanto al juicio de proporcionalidad atendiendo a la gravedad del delito. A este respecto, nos remitimos al art. 588 ter a) de la LECRIM, relativo a los presupuestos y donde se dice que *“la autorización para la interceptación*

medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y medios del tratamiento estén determinados por el Derecho de la Unión o del Estado miembro, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho de la Unión o del Estado miembro”.

¹⁴ Vid. art. 588 bis b) de la LECRIM.

¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ CANO, M.I., “Garantías del investigado y acusado”, op. cit., p. 135.

¹⁶ También debe tenerse presente el supuesto contemplado en el art. 588 ter k) de la LECRIM “identificación mediante número IP” a los efectos de la preceptiva autorización judicial. En este caso, debemos distinguir dos supuestos: el primero, que para determinar la dirección IP se precise solicitar el dato a un prestador de servicios, supuestos en que debemos ceñirnos al contenido del art. 588 ter j) de la LECRIM, por estar vinculado a un proceso de comunicación, por tanto, resulta necesaria la preceptiva autorización judicial; y el segundo, que se pueda obtener la dirección IP por los investigadores sin necesidad de recurrir a prestadores de servicios, supuesto en el que resultaría de aplicación el art. 588 ter k) de la LECRIM, por tanto, no necesitaría autorización judicial si se puede determinar la dirección IP sin acudir al prestador de servicios. Por el contrario, sí precisará de ella si es necesario la relación de la dirección IP con un equipo o dispositivo concreto y con la persona usuaria del mismo.

de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación". Es decir, los delitos a los que hace referencia la ley presentan carácter de gravedad, tales como los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y los delitos de terrorismo. Sin embargo, el art. 588 ter j) de la LECRIM no hace mención expresa al respecto, por tanto, surge la duda si, en relación a la incorporación al proceso de los datos, sólo es posible cuando se trate de alguno de los delitos enumerados en el art. 579.1 de la LECRIM o dicho precepto es aplicable exclusivamente a la interceptación de las comunicaciones, pero no a la incorporación de los datos asociados a dicha comunicación al proceso. La duda no tiene fácil respuesta.

Sobre ello, viene a arrojar luz la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) 2/2019¹⁷. Al respecto, considera la FGE que del análisis de los precedentes legislativos y del proceso de gestación de la LO 13/2015 por la que se reforma en estos aspectos la LECRIM¹⁸, parece que se inclina por la segunda postura, es decir, que la delimitación objetiva del art. 588 ter a) de la LECRIM sólo es aplicable a la interceptación de las comunicaciones en sentido estricto. Considera la FGE que no debe desconocerse que la incorporación de los datos asociados a la comunicación al proceso supone una injerencia en los derechos fundamentales de los investigados y/o acusados, por tanto, *"exigirá siempre que se justifique su necesidad para la investigación de delitos que revistan cierta gravedad. En consecuencia, deberá incluirse siempre una especial motivación de la proporcionalidad de la medida que justifique que el sacrificio de esos derechos no va a resultar superior al beneficio que para el interés público y de terceros haya de resultar de la incorporación de los datos de tráfico al procedimiento"*.

En definitiva, podemos considerar que la falta de vinculación a la gravedad del delito por el art. 588 ter j) de la LECRIM, y con base en la interpretación

¹⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2019, de 6 de marzo de 2019, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

¹⁸ Ley Orgánica 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 (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015).

referida por la Circular de la FGE, además de la jurisprudencia del TJUE, que analizaremos en las páginas siguientes, es necesario que se ajuste al control de proporcionalidad general exigido.

Además, al margen del supuesto analizado, debemos tener presente el art. 588 ter m) de la LECRIM, que regula la medida de investigación tendente a la identificación de los titulares de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación. En este supuesto, al no afectarse el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la propia Policía Judicial o el Ministerio Fiscal podrá dirigirse directamente a los prestadores de servicio.

Respecto a la duda que señalábamos anteriormente, igualmente debemos cuestionarnos si en el presente supuesto hay que hacer extensivo el alcance del requisitos de la gravedad del delito. Apunta acertadamente la Circular de la FGE citada, que en relación al principio de proporcionalidad y, particularmente, analizando la STJUE de 2 de octubre de 2018¹⁹, sobre la que volveremos a continuación, que a pesar de tratarse de una injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos, *no reviste la gravedad suficiente como para limitarla a la lucha contra la delincuencia grave, estando justificada "por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir delitos en general"*.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Las previsiones de la Directiva 2016/680/UE vinieron en gran parte precedidas de una importante jurisprudencia del TJUE, la cual ha sido decisiva en este texto normativo. Especial consideración hay que hacer a tres sentencias dictadas por este tribunal: en primer lugar, la STJUE, de 8 de abril de 2014, en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, que tiene su origen en peticiones de cuestiones prejudiciales planteadas por Irlanda y Austria²⁰; en segundo lugar, la STJUE, de

¹⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia de 2 de octubre de 2018, asunto C-207/16.

²⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia de 8 de abril de 2014, asunto C-293/12 y C-594/12.

21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, que tiene su origen en peticiones de cuestiones prejudiciales planteadas por Suecia y Reino Unido²¹; y, por último, la STJUE, de 2 de octubre de 2018, en el asunto C-207/16, que tiene su origen en las cuestión prejudicial planteada por la AP de Tarragona.

En la STJUE de 8 de abril de 2014, la cuestión principal que resuelve versa sobre la validez de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE²², y su compatibilidad con los derechos a la vida privada y la protección de los datos de carácter personal, así como a la libertad de expresión (arts. 7, 8, 11 CDFUE). La cuestión trataba sobre si la conservación generalizada por los proveedores de servicios de los datos personales conllevaba una colisión con los derechos fundamentales de los arts. 7 y 8 de la CDFUE.

El TJUE establece que aunque la conservación de datos que impone la Directiva 2006/24/CE constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y en el derecho a la vida privada, no permite por sí misma la revelación del contenido de las comunicaciones.

Si bien, partiendo del presupuesto que la injerencia responde a un objetivo de interés general, considera que la intromisión en los datos personales que implica esta especie de orden de conservación de datos encuentra legitimación en la valiosa información que se puede obtener de los datos conservados para la investigación, detección y enjuiciamiento –teniendo como finalidad la seguridad y la lucha contra la delincuencia organizada–.

Partiendo de estas premisas, en primer lugar el TJUE entiende que la Directiva 2006/24/CE posee un campo de aplicación extenso, sin que se establezca limitación, pues se aplica a todos los usuarios registrados o abonados, a todos los medios de comunicación electrónica y datos; igualmente, se aplica a todas

²¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-203/15 y 698/15.

²² DOUE L/105, de 13 de abril de 2006.

las personas, incluso aquellas sobre las que no exista indicio o sospecha de la comisión de un hecho delictivo grave. Con base en ello, considera el TJUE que la Directiva 2006/24/CE constituye una injerencia en los derechos fundamentales, inicialmente legitimada por los fines generales antes expuestos, pero que no respeta el principio de proporcionalidad, siendo esto motivo suficiente por el que se declaró la invalidez de la Directiva 2006/24/CE. En especial, el TJUE estableció cinco criterios esenciales sobre el principio de proporcionalidad, que son los siguientes:

- La adopción de una medida debe estar sujeta a parámetros de necesidad y proporcionalidad, exigiendo que las excepciones a la protección de los derechos fundamentales –intimidación y protección de datos personales– no sobrepasen los límites de lo *estrictamente necesario*.
- Con base en la justificación de la necesidad de adopción de estas medidas, constituye un requisito la necesidad que existan indicios contra la persona sospechosa o acusada. Como ya hemos referido, la Directiva 2006/24/CE afecta a todas las personas sin que ni siquiera se encuentren en situación que pueda dar lugar a acciones penales. Así pues, la pretensión de contribuir a la lucha contra la delincuencia grave no exige ninguna relación entre los datos conservados y la amenaza para la seguridad pública, el tiempo de conservación de los datos, la zona geográfica determinada y el círculo de personas concretas que puedan estar implicadas en el delito grave.
- El acceso a los datos conservados por las autoridades nacionales, previo control por un órgano jurisdiccional u organismo administrativo autónomo, en aras de limitar el acceso a los datos y su utilización a lo estrictamente necesario, previa autorización motivada, por parte de las referidas autoridades, en el marco de un procedimiento de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos. En este sentido, la Directiva 2006/24/CE no establecía ningún criterio que limitase el número de personas autorizadas para acceder y utilizar los datos.
- Conforme a las reglas relativas a la seguridad y a la protección de los datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público, se exige una protección eficaz de los datos conservados debido a los riesgos de abuso y acceso y utilización ilícitos

de dichos datos. En particular, la Directiva 2006/24/CE no garantiza que los proveedores apliquen un nivel elevado de protección y seguridad de los datos que eviten abusos, sino que autoriza a los proveedores a realizar una valoración económica para determinar el nivel de seguridad que apliquen.

- Por último, los datos recabados y posteriormente cedidos deben ser objeto de una causa penal concreta, con sujeción al principio de especialidad.

De otro modo, otra de las sentencias relevantes dictadas por el TJUE es la de 21 de diciembre de 2016, la cual tiene por objeto la interpretación del art. 15 apdo. 1 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)²³ en relación con los arts. 7, 8 y 52.1 de la CDFUE.

Sobre la primera de las cuestiones prejudiciales –asunto C-203/15– la empresa Tele2 Sverige –proveedor de servicios de telecomunicaciones– comunicó a PTS –autoridad sueca de control de los servicios de correos y telecomunicaciones– que a raíz de la invalidación de la Directiva 2006/24/CE –mediante la ST Digital Rights Ireland– no seguiría conservando los datos de comunicaciones electrónicas. Como consecuencia de ello, PTS ordenó que se volviera a conservar los datos conforme al Derecho nacional sueco. Por tanto, se plantea la presente cuestión prejudicial en aras de dilucidar la compatibilidad de los dispuesto por el Derecho sueco y el Derecho de la UE.

La siguiente cuestión prejudicial –C-698/15– trae causa de los recursos presentados por los Sres. Watson, Brice y Lewis mediante los cuales solicitaban el control de legalidad del art. 1 de la DRIPA –Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (Ley de 2014 sobre conservación de datos y facultades de investigación)–, el cual faculta al Ministro del Interior para adoptar un régimen general que imponga a los operadores de telecomunicaciones públicas la obligación de conservar los datos relativos a las comunicaciones durante un período máximo de doce meses, excluyendo la conservación del contenido de las comunicaciones ya que podrían vulnerar la vida privada de los usuarios de dichos servicios.

²³ DOCE nº 201, de 31 de julio de 2002.

Con base a ello, se invocó la incompatibilidad con los arts. 7 y 8 de la CDFUE y el art. 8 del CEDH. Por su parte, la Court of Appeal (England & Wales) decidió suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

En definitiva, tanto el Kammarrätten i Stockholm –Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo– como la Court of Appeal (England & Wales) –Tribunal de Apelación del Reino Unido– solicitan al TJUE que se pronuncie sobre la compatibilidad de las normas nacionales, que imponen la obligación de conservación de los datos y que prevén el acceso a dichos datos por parte de las autoridades competentes, sin sujeción a límites de la gravedad del delito ni control por parte de un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente, con el Derecho de la Unión.

El TJUE resolvió ambas cuestiones prejudiciales concluyendo que, en consonancia con los argumentos utilizados en la Sentencia de 8 de abril de 2014, considera que la normativa nacional se opone al art. 15. apdo.1 de la Directiva 2002/58/UE, en relación con los arts. 7, 8 y 52.1 CDFUE . Y ello desde dos puntos de vista: por un lado, porque se trata de una normativa estatal *“que establece, con la finalidad de luchar contra la delincuencia, la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica”*; por otro, porque esta norma nacional *“regula la protección y la seguridad de los datos de tráfico y de localización, en particular el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos conservados, sin limitar dicho acceso, en el marco de la lucha contra la delincuencia, a los casos de delincuencia grave, sin supeditar dicho acceso a un control previo por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente, y sin exigir que los datos de que se trata se conserven en el territorio de la Unión”*.

En definitiva, considera el TJUE en la referida sentencia que, dentro del respeto al principio de proporcionalidad, podrán establecerse limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales cuando sean *necesarias* y respondan a objetivos de interés general. Así, en materia de protección de datos, establece la jurisprudencia del TJUE que la protección del derecho fundamental al respeto de la vida privada exige que las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de la misma no exceda de lo *estrictamente necesario*. Por tanto, una conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios, así como la obligación de conservación de los mismos de

forma sistemática y continuada, permite extraer conclusiones muy concretas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado. Por tanto, el Derecho de la Unión se opone a esta conservación generalizada e indiferenciada, y habida cuenta de la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales, esta medida sólo estaría justificada cuando se trate de luchar contra la delincuencia grave, siempre que tal conservación se realice de forma selectiva de los datos de tráfico y de localización, y siempre que la conservación de los datos esté limitada a lo estrictamente necesario, en relación con las categorías de datos que deban conservarse, los medios de comunicación, las personas afectadas y el período de conservación.

Por otro lado, el acceso de las autoridades nacionales a los datos conservados debe estar sujeto a un control previo del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa independiente y que la decisión se produzca a raíz de una solicitud motivada por parte de esas autoridades, presentada en el marco de procedimientos de prevención, descubrimiento o acciones penales. Igualmente, es necesario que dichas autoridades nacionales informen de ello a las personas afectadas, siempre que no comprometan a las investigaciones que se están llevando a cabo. Por tanto, esto pone de manifiesto la necesidad de establecer los requisitos materiales y procedimentales de acceso por parte de las autoridades a los datos conservados.

Por último, mencionamos la STJUE de 2 de octubre de 2018, que tiene por objeto la interpretación del art. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE en relación con los arts. 7 y 8 de la CDFUE. El procedimiento principal, que, posteriormente, derivó en la presente cuestión prejudicial, traía causa en una denuncia presentada ante la Policía como consecuencia de un robo con violencia, donde se sustrajo, entre otras cosas, el teléfono móvil del denunciante. Con objeto de averiguar los sujetos responsables del hecho delictivo, la Policía solicitó que se ordenara a diversos proveedores la transmisión de datos personales en aras a la identificación de los titulares de las tarjetas SIM activadas con el teléfono móvil sustraído, resultando la diligencia denegada por el juez instructor²⁴.

²⁴ El auto se deniega en virtud de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, la cual limita la cesión de los datos conservados por las operadoras de telefonía móvil a los delitos graves. Posteriormente entró en vigor la LO 13/2015, que como expone el tribunal, introduce dos criterios para determinar la gravedad del delito: por un lado, el compuesto por conductas típicas de especial relevancia; y, por otro lado, que la pena prevista para el delito en cuestión supere el umbral de tres años.

En el supuesto de hecho la cuestión se circunscribe a si la gravedad del delito cometido es suficiente para habilitar la obtención de los datos personales conservados por los proveedores de servicios, con clara injerencia en los derechos fundamentales. Al respecto considera el TJUE que la injerencia en los derechos fundamentales de los individuos no reviste el carácter de gravedad, en base a que con los datos obtenidos a través de las tarjetas SIM no se puede conocer la fecha, la hora, la duración, el lugar o los destinatarios de las comunicaciones efectuadas con esas tarjetas (es decir, los datos de tráfico o asociados a la comunicación), por tanto, no permiten extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de los afectados. Por los motivos expuestos, concluye el TJUE que la injerencia en los derechos fundamentales está justificada con fundamento en la prevención, investigación, descubrimiento y persecución delictiva.

Por otro lado, debemos tener presente la existencia de otras medidas que sí podrían calificarse como injerencias graves en los derechos fundamentales de los arts. 7 y 8 de la CDFUE, y por ende del art. 18 de la CE, como son los datos de tráfico y geolocalización o asociados. En este supuesto, el acceso se condiciona a la previa autorización judicial y que el delito revista carácter grave, como se ha puesto de manifiesto.

Por tanto, podemos extraer dos conclusiones de la jurisprudencia del TJUE: en primer lugar, conforme al principio de proporcionalidad, con fundamento en la prevención, investigación, descubrimiento y persecución delictiva, una injerencia grave en los derechos del investigado solo puede justificarse con el objetivo de luchar contra la delincuencia grave; en segundo lugar, cuando la injerencia en los derechos del investigado no es grave, dicha injerencia puede venir justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir los delitos en general.

A este respecto debemos referirnos a lo previsto en el art. 588. ter j) de la LECRIM, desde el prisma de la configuración del principio de proporcionalidad dada por la STJUE de 2 de octubre de 2018. Con base en ello, podemos considerar que dentro del referido precepto se pueden incluir injerencias graves para la lucha contra los delitos que revistan carácter de grave y aquellas otras injerencias que no son graves y pueden acordarse respecto a cualquier delito. Debemos recordar, que el art. 588 ter j) de la LECRIM no exige la concurrencia de ningún presupuesto de gravedad del delito, lo que no significa que no deba realizarse el control de proporcionalidad de la medida por parte de la autoridad judicial –conforme al art. 588 bis de la LECRIM–.

GÉNESIS E INVOLUCIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA PENAL

Verónica López Yagües

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Alicante)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGLA DE INTERDICCIÓN PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN. 1. Fundamento constitucional y sustento eminentemente jurisprudencial. 2. La teoría de la prueba ilícita o prohibida. A) Su configuración inicial. B) Su refrendo legal: el art. 11.1 de la LOPJ. Interpretación doctrinal y jurisprudencial. C) Consecuencias derivadas de la aplicación de la regla o reglas que encierra. a) La ineficacia procesal del material probatorio logrado ilícitamente como regla. b) La involución de la regla contenida en el art. 11.1 LOPJ. III. NUEVAS TESIS O PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA INEFICACIA PROBATORIA. 1. Ideas previas. 2. La teoría de la “conexión de antijuridicidad”. A) La expresión de un vuelco a los postulados de la teoría indirecta o refleja. B) La configuración de una nueva doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su asunción por el alto Tribunal Supremo. C) Crítica a la “teoría de la conexión de antijuridicidad” y sus derivaciones desde un acercamiento a su traducción o repercusión práctica. a) La apreciación de “desconexión” o “independencia” entre pruebas. Efectos. b) La autonomía o independencia de la confesión válidamente prestada. 3. Doctrinas discrepantes en el seno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. 4. La negación del fundamento constitucional de la exclusión de la prueba ilícita penal. De garantía constitucional objetiva y autónoma a ¿mera regla de legalidad ordinaria, sometida al juicio de ponderación del juzgador en atención a los intereses en juego en el caso concreto?

I. INTRODUCCIÓN

A pesar del tiempo transcurrido desde que irrumpiera en el Ordenamiento Jurídico español la regla que, al menos en su configuración inicial, había de impedir el acceso al proceso de toda prueba lograda con vulneración de derechos fundamentales, la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la

ilicitud en el desarrollo de la actividad tendente a la obtención de fuentes o elementos de prueba, continúa irresuelta, siendo todavía foco de atención de enconados debates en el seno de la doctrina y de la Jurisprudencia, y entre una y otra incansablemente.

Que la ilicitud probatoria penal constituye una cuestión de crucial importancia¹ es algo que no admite duda, no en vano, la ausencia de toda prueba, la insuficiencia de las que obran o la pérdida por éstas de la virtualidad que les es propia –circunstancia que, a efectos de este estudio, particularmente atañe– impide que la causa concluya con una sentencia que declare la existencia del delito y su autoría, razón por la que precisa, quizás como ninguna otra, de respuestas del legislador, hasta la fecha, parece que poco decidido a ofrecerlas, obligando a Juzgados y Tribunales a cubrir ese déficit. Ello explica que, a pesar de su consagración legal en el art. 11.1 LOPJ, haya sido la Jurisprudencia la que ha ido dando forma a esa regla o teorema que, bajo la denominación de “teoría de la prueba ilícita o prohibida” vino a operar una singular transformación del régimen probatorio entonces vigente, y continúa en la actualidad siendo motor de cambio del actual modelo probatorio.

Sin embargo, no es la innegable trascendencia de esta regla, sino el difícil presente y futuro incierto que, tanto a esta, cuanto a otras reglas de incidencia en materia probatoria, parece abrirse en el Ordenamiento Procesal español, la razón que invita a adentrarse en el análisis de esta compleja materia, un análisis en el que, como en todo aquél que tenga por objeto una cuestión o materia jurídica, ha de atenderse al criterio jurisprudencial, pero, en el que la mirada a la Jurisprudencia encuentra, si cabe, mayor justificación; y, lo hace en el nada insignificante dato de ser precisamente jurisprudencial, no tanto el origen de la regla cuyo juego viene a impedir la eficacia procesal del material probatorio logrado ilícitamente, cuanto su principal sustento, algo llamativo en el sistema de enjuiciamiento criminal español, distinto –porque distintas son las bases sobre las que se asienta– del modelo de corte anglosajón y, en particular, del Sistema norteamericano, cuna de esta regla de inadmisión probatoria, de obligado origen y refrendo exclusivamente jurisprudencial.

¹ ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, München, 1998, pág. 113.

En efecto, a pesar de algún que otro matiz diferenciador², la concebida en el Derecho español como regla de interdicción procesal de todo material probatorio logrado ilícitamente importa sus postulados de la que, bajo la denominación “*exclusionary rule*”, tomó forma a principios del siglo pasado en la Jurisprudencia estadounidense, una regla inicialmente vinculada a la defensa de las garantías consagradas en la IV y V Enmienda³, pero cuyo real fundamento –como sin ambages declarara la Corte Suprema norteamericana⁴– no es otro que la disuasión a los órganos policiales de la realización de conductas o actividades de investigación ilícitas, esto es, el acuñado como *deterrent effect*⁵, aun cuando indirectamente sirva –y es obvio que lo hace– a la salvaguarda de las garantías constitucionales.

Años más tarde –a mediados de la década de los ochenta– también vía jurisprudencial y bajo la denominación de “teoría de la prueba prohibida”, esta regla o una particular versión de la misma, se abrió paso en el Ordenamiento Jurídico español.

II. LA REGLA DE INTERDICCIÓN PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN

1. Fundamento constitucional y sustento eminentemente jurisprudencial

La entrada de esta regla en el Derecho español, efectivamente, vino de manos del Tribunal Constitucional –en adelante, TC– que, invirtiendo el sentido de

² A las diferencias en la construcción originaria de la regla de exclusión en el Derecho español y de la *exclusionary rule* en el contexto estadounidense, se refiere con mayor detalle MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y su progresiva limitación”, *Revista Jueces para la democracia*, 2.

³ *Vid.* Weeks vs. USA 232 US 383 (1914).

⁴ Entre otros, en el asunto Calandra vs. USA (414 US 338 (1974)) y, asimismo, Elkins vs. USA, 364 US 206 (1960), Mapp vs. Ohio, 367 US 206 (1961) y Linkletter vs. Walter 381 US 618 (1965). Sobre el particular, véase FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule norteamericana al art. 11.1 de la LOPJ*, Madrid, 2003, pág. 22 y MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión ...”, *op. cit.*, pág. 54.

⁵ Caso Manis vs. US, 428 US 433 (1976) y caso Calandra vs. US, 414 US 338 (1974).

la doctrina por él mismo vertida pocos meses antes⁶, en la que ha resultado ser paradigmática STC 114/1984, de 26 de noviembre, proclamaba la existencia de una exigencia constitucional de inadmisión de pruebas motivada por la presencia de importantes vicios o irregularidades en el proceso de su obtención. De este modo, venía a sancionar una regla, según la cual, la prueba de “origen ilícito” –expresión esta, acuñada por la STS 29 de marzo de 1990– “carece de validez en el proceso, y los jueces y tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria”⁷.

La regla, que en su configuración inicial cerraba por vez primera la entrada al proceso a toda prueba de ilícita por razón de su origen, encontraría refrendo legal apenas transcurridos unos meses desde aquel pronunciamiento, toda vez que, con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 1 de julio de 1985, era llevada al párrafo 1º de su art. 11, a cuyo tenor “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa e indirectamente, violentando Derechos Fundamentales”.

Sucede, además, que lejos de abandonar el liderazgo asumido en la incorporación a nuestro Derecho de la mencionada regla, el TC español lleva desde el citado año 1984 las riendas de su andadura. Y, en una continua dinámica de extensión-contención, viene modulando los efectos de su aplicación⁸. Como a lo largo de estas páginas se tratará de evidenciar, alojar esta suerte de “regla de exclusión probatoria” en una norma de rango infraconstitucional ha permitido a este Tribunal no quedar atado en la inteligencia o interpretación de su alcance, haciendo de ella una fórmula elástica que, en función de las circunstancias concurrentes o, si se prefiere, de la dimensión que, en la práctica, adquirirían los efectos de su aplicación, relativiza mediante el empleo de distintos parámetros y fórmulas correctoras con las que, no sólo ha evitado la “petrificación”⁹ de esta

⁶ Vid. ATC 173/1984, de 21 de marzo (FJ 3).

⁷ “El art. 11.1 LOPJ –sostiene el TC en su resolución 64/86, de 21 de mayo– no alcanza a las violaciones que se produzcan en el momento de la admisión de la prueba en el proceso o de su práctica en él, pues (...) los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de interdicción de la indefensión y, por tanto, al ámbito del art. 238 LOPJ”.

⁸ ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita*, 2ª ed., Madrid, 2011, págs. 65 y 66.

⁹ GIMENO SENDRA, V., con CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los Procesos Penales*, Barcelona, 2000, pág. 421.

teoría, sino que ha sometido a una progresiva transformación a los que fueron sus postulados originarios.

De “auténtica obra de ingeniería constitucional” se ha llegado a calificar la argumentación construida, a posteriori, por el Tribunal para sustentar el régimen instaurado a partir de la STC 114/1984 y, fundamentalmente, del art. 11.1 LOPJ en busca del soporte necesario para la legitimación e imbricación de la citada regla en el Ordenamiento Jurídico español¹⁰ a cuyo análisis y valoración crítica pretende dedicarse el grueso de estas páginas.

2. La teoría de la prueba ilícita o prohibida

A) Su configuración inicial

Es curioso constatar la diferente percepción que, en la doctrina científica, se tiene de lo que fue la entrada en el Derecho español de la regla que venía a sancionar la ineficacia de las pruebas de origen ilícito; así, mientras algunas voces afirman que su incorporación fue “el resultado de una larga travesía en el desierto”, otras sostienen que no fue sino un sencillo paseo, por su rápido y cómodo acceso al Ordenamiento Jurídico en el que pronto quedó instalada. En cualquier caso, el inicio de esta andadura tiene fecha de la resolución del TC que le dio entrada, la Sentencia 114/1984, de 26 de noviembre.

Lo sorprendente es que, pocos meses antes, el mismo Tribunal parecía dar un paso atrás en el camino que había de conducir, y finalmente condujo, a la consagración jurisprudencial de la interdicción de la valoración de pruebas ilícitas; no en vano, fueron dos las resoluciones del TC –dictadas en los meses de marzo y mayo del mismo año 1984– en las que el Tribunal negó que el Texto Constitucional exigiese “que las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales fueran inadmitidas” argumentando que la “prohibición de (su) utilización (...), no se apoya en ninguna norma de Derecho positivo ni de la Constitución española, ni encuentra apoyo en la Jurisprudencia”¹¹. Como es de suponer, en el

¹⁰ Son palabras de FIDALGO GALLARDO, que se suscriben. Vid. “Las pruebas ilegales ...”, op. cit., págs. 19 y 26.

¹¹ Según indicó el entonces TC, se trataba de una “mera aspiración de *lege ferenda* patrocinada por distintos procesalistas españoles, para incorporarla al derecho positivo civil”.

mes de noviembre de ese año 84, el TC da un giro radical a esos planteamientos en la ya citada STC 114/1984, a la que siguió la promulgación del art. 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ– con la que definitivamente se abría hueco en el Derecho español a la regla que impide la incorporación al proceso, y su valoración en él como prueba, de todo elemento logrado a partir de la conculcación de un derecho fundamental.

Conforme abiertamente afirmó el Tribunal en esta valiosa resolución, “no existe” ni puede, en consecuencia, hablarse de “un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de origen antijurídico”. Según expresamente declara en su fundamento jurídico segundo, esta “imposibilidad de estimación procesal puede darse en algunos casos, no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado¹², sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el Ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos” y –añade– ante “la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales”¹³.

Asimismo, la fundamentación jurídica en la que se apoya este trascendental pronunciamiento jurisprudencial incluye, junto a otros argumentos¹⁴, la que el

¹² “Estamos –aclara la misma sentencia en su FJ 4º, al referirse a la inadmisión en el proceso de pruebas con causa ilícita– ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no ante un principio del ordenamiento que pueda concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental”.

¹³ El llamado “*deterrent effect*” afirmado como fundamento por la Jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, un fundamento no constitucional cuyo principal, si no único propósito, es evitar conductas policiales ilícitas. Vid. Caso Janis vs. USA (1976).

¹⁴ Contiene, además, el que parece un forzado argumento consistente en la incorporación de un alcance sustantivo al contenido esencialmente técnico del derecho a los medios de prueba pertinentes, con arreglo al cual, no puede entenderse “pertinente” un medio probatorio obtenido previa conculcación de un derecho fundamental. Asimismo, el TC hace uso de la –calificada por algunos, y no sin razón– peligrosa “técnica de ponderación de intereses”, enfrentando términos como verdad y derechos constitucionales como si fueran excluyentes, cuando, en realidad, son intereses situados en planos distintos que precisan ser armonizados como único modo de que la Administración de Justicia se fundamente en bases sólidas (...), siendo preciso, pues, “atender a todos los intereses en conflicto”.

propio TC reconoce como "necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre la actividad encaminada a la investigación y descubrimiento de actividades delictivas y la salvaguarda del conjunto de derechos que toda persona debe poseer en un Estado de Derecho". "En realidad –declara el tribunal– el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos".

Convenza o no la argumentación empleada para fundamentar su fallo, lo que no admite discrepancias es que la declaración contenida en la STC 114/1984, de 26 de noviembre, operó uno de los más trascendentales cambios habidos en la teoría y práctica de la actividad probatoria en el Derecho español, merced a la instauración de la regla angloamericana de exclusión o inadmisión en el proceso del material probatorio ilícitamente logrado. Y, aunque en rigor no pueda quizás afirmarse que con este pronunciamiento –cierto que *obiter dictum* pero, no por ello menos valioso– el TC fijara una regla cerrada que impide la entrada en el proceso de toda fuente probatoria de origen ilícito, parece claro que con la alusión a eventuales supuestos en los que esta inadmisibilidad viene exigida por la propia Constitución –lo que sucede siempre que resulte la conculcación de un derecho fundamental en el desarrollo de la actividad tendente a su obtención– sentó las bases para su configuración en la forma en que acabó legalmente consagrada.

B) Su refrendo legal: el art. 11.1 de la LOPJ. Interpretación doctrinal y jurisprudencial

Como se avanzaba, el art. 11.1 LOPJ vino a consagrar la regla de interdicción procesal de la prueba ilícita, a nuestro juicio y a pesar de la discusión abierta por el TC en uno de los últimos y más ruidosos pronunciamientos en la materia, de innegable raíz o fundamento constitucional. La formulación de este precepto, qué duda cabe, venía a transformar el régimen probatorio entonces vigente, a partir de la privación de toda eficacia a aquellas pruebas "obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales"¹⁵. Detalla, en fin, la sanción de orden procesal que, en principio, corresponde a todo elemento o fuente

¹⁵ Según reza el citado art. 11.1 LOPJ, "no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales".

de prueba logrado previa vulneración de derechos fundamentales, aunque, al hacerlo, se sirve el legislador de una fórmula de contornos difusos que ha provocado dudas interpretativas y discusión que viene de largo ocupando a doctrina y Jurisprudencia.

Afortunadamente, la afirmación de que el precepto consagra en el Derecho español la que, en el plano doctrinal, viene acuñada como “prueba prohibida”, inadmisibles y de imposible valoración en el proceso, no es objeto de discusión, de suerte que las posturas que, en el pasado, abogaban por la admisión en el proceso de todo elemento probatorio conducente al conocimiento de la verdad con independencia de su origen¹⁶ pueden entenderse ya superadas. Sin embargo, lejos de desaparecer, en los últimos años el debate se ha trasladado y parece centrarse en la doble cuestión relativa a la mayor o menor amplitud del concepto de “prueba ilícita” o “prohibida” que acoge este art. 11.1 LOPJ y, directamente relacionada con esta primera, en la cuestión referida a la verdadera dimensión de los efectos que, a la vista de lo que el precepto dispone, ha de entenderse generados por el vicio o ilicitud que padezca la prueba.

En respuesta a la primera de las dudas planteadas, son dos las posiciones doctrinales que se enfrentan; de un lado, la que ocupan quienes reconocen en el Derecho español una prueba de valoración prohibida en sentido amplio y, de otro, la de aquellos que defienden un concepto estricto de la misma por entender que sólo en esos términos la fuente de prueba considerada ilícita tiene cabida en el art. 11.1 LOPJ y genera las consecuencias en él previstas.

Si se profundiza en esta dualidad de opiniones, parece posible reconducir la discusión a la formulación de un doble interrogante que se resuelve en atención, tanto al carácter de la infracción normativa determinante de la ilicitud que se sanciona, cuanto al momento procesal en el que dicha contravención legal tiene lugar. Así, en atención al primero de los criterios expuestos, el sector que parece

¹⁶ Postura defendida, entre otros, por GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 3ª ed. Madrid, 1968, pág. 397 y PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1982, Tomo I, pág. 759. Y, aunque suavizada, semejante es la opinión expresada por DE LA OLIVA SANTOS en su prólogo a la obra de FIDALGO GALLARDO, C., “Las pruebas ilegales...”, en la que su autor se posiciona en esta misma línea de pensamiento. (*vid.* págs. 34 y 35).

mayoritario en la doctrina¹⁷ parte de una concepción estricta de prueba prohibida para identificarla con aquella obtenida previa vulneración de una norma constitucional que consagra un derecho fundamental¹⁸, siendo más reducido el sector que aboga, en cambio, por un concepto amplio que lleva a identificarla con aquella que tiene su origen en la infracción de toda norma, cualquiera que sea su rango, a la que se anuda como sanción, la ineficacia procesal del resultado¹⁹.

¹⁷ Así, ASECIO MELLADO, J.M^a., “Derecho Procesal Penal”, op. cit., págs. 130 y 131; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente obtenida”, op. cit., pág. 1202; GIMENO SENDRA, V., “Derecho Procesal Penal”, op. cit., págs. 94 y 420 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, M., El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria, *Rev. Jueces para la democracia*, 2005, núm. 52, pág. 76; GONZÁLEZ MONTES, J.L., “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1990, núm. 1, págs. 30, 31 y 36; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Proporcionalidad y derechos fundamentales ...”, op. cit., págs. 339 y 340; LÓPEZ-BARAJAS PEREA; I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, 2011, pág. 250; MARTÍN PALLÍN, J., “Escuchas telefónicas”, op. cit., pág. 393; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso ...”, op. cit., págs. 355 y 356; PICÓ I JUNOY, J., “El derecho a la prueba ...”, op. cit., pág. 366; RUIZ VADILLO, E., “La actividad probatoria...”, op. cit., pág. 132.; SILVA MELERO, S., *La prueba en el proceso penal*, Tomo I, Madrid, 1963, pág. 69.

¹⁸ En este punto, conviene cuestionarse si ha de entenderse ilícita o prohibida la prueba resultante de la vulneración de un derecho no incluido entre los que se conciben como “fundamentales” –v. gr., el derecho a la propiedad privada– y, por ende, ineficaz o carente de efectos, así como potencial transmisora de su ineficacia a otra u otras pruebas que deriven de ella. Crítico con esta exclusión –que parece mayoritaria en la doctrina– se ha mostrado, en particular, DE LA OLIVA SANTOS, a cuyo juicio, resulta un contrasentido que, tratándose de conductas merecedoras de idéntico, cuando no mayor reproche, la lesión de este u otros derechos constitucionales no reciba esa misma sanción procesal. Vid. “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Tribunales de Justicia*, agosto-septiembre 2003, pág. 8, Asimismo, en lo que parece una posición intermedia que evita la inconveniencia de extender en exceso una excepción al derecho constitucional la prueba, y la de dejar sin sanción a ilicitudes que no proceden de la vulneración de un derecho fundamental, cuando también a su juicio la merecen, se sitúan DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES como conclusión a su estudio, *¿Es proyectable el art. 11.1 LOPJ a las pruebas obtenidas violentando un derecho constitucional no fundamental?*, “Rev. La ley”, núm. 4445, 24 de diciembre de 1997 y DE URBANO y CASTRILLO, E., con TORRES MORATO, M.A., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Pamplona, 1997, pág. 17 y, asimismo, en “Derechos Fundamentales y prueba ilícita”, *Rev. Canaria de Ciencias Penales*, 1998, pág. 65.

¹⁹ Esta es la idea que, al parecer, convence a LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA cuando declara que “no cabe pensar que un derecho no fundamental puede claudicar frente al derecho a la prueba o el interés público en la averiguación de la verdad”. Vid. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, págs. 134 y 135 y, asimismo, en las págs. 142 y 143. En esta línea de opinión se sitúan SENTÍS MELENDO, S., “La prueba en el proceso”, *Rev. Der. Proc. Ib.*, 1977, núms. 2 y 3, pág. 345 y VESCOVI, E., “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, *Rev. Der. Proc. Ib-filip.*, 1970, núm. 2, pág. 345. Cfr. STS de 4 de abril de 1994.

El segundo de los criterios nombrados lleva a distinguir la ilicitud habida en la actividad de obtención y adquisición de la prueba, de la ilicitud que atañe y tiene lugar en la operación de incorporación de la fuente de prueba al proceso a través del medio probatorio que proceda. En este otro punto, la opinión doctrinal mayoritaria parece ser la que afirma que la prueba prohibida resulta de la violación de un derecho fundamental en el momento de su obtención²⁰, de la que derivan consecuencias de distinto orden a las producidas por la ilicitud cometida al darle entrada al proceso.

El criterio jurisprudencial seguido al respecto de estas cuestiones no difiere de la que se afirma como posición mayoritaria entre la doctrina científica. Un rápido repaso a la doctrina constitucional vertida en torno a la ilicitud probatoria penal desde los primeros años de vigencia del art. 11.1 LOPJ basta para constatar el peso de esa misma consideración, resumida en la idea de que la operatividad de la regla contenida en este precepto viene reservada a los supuestos en los que resulte la efectiva lesión de un derecho fundamental de carácter sustantivo; no en vano, la inadmisión e ineficacia de esta prueba –como sin ambages declara la STC 85/1994, de 14 de marzo (FJ 4º)– “deriva no sólo de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución y de la necesidad de no confirmar, haciéndolas efectivas, las contravenciones de los mismas (...), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ”, ineficacia que, como reiteradamente ha declarado el propio TC, “deriva de la ilicitud o vulneración que se comete en el momento de obtención de tales pruebas, mientras los problemas que puedan plantearse respecto de la (ilicitud) que se produzca en el momento de su admisión al proceso y práctica en él (...), se reconducen a la regla de interdicción de la indefensión”²¹.

²⁰ En este sentido se expresa la STC 64/1986, de 21. En la misma línea, en el plano doctrinal, véase, ALONSO PÉREZ, F., “Medios de investigación en el proceso ...”, op. cit., pág. 330; ASENSIO MELLADO, J.M^a., “Prueba prohibida ...”, op. cit., pág. 83; BARONA VILAR, S., (et. alt.), “Derecho Jurisdiccional”, op. cit., pág. 294; GIMENO SENDRA, V., “Derecho Procesal Penal”, op. cit., págs. 420 y ss; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1998, págs. 83; NOYA FERREIRO, M^a.L., *La intervención de las comunicaciones directas en el proceso penal*, Valencia, 2000, pág. 286; PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Rev. Justicia*, pág. 339; TOMÉ GARCÍA, J.A., (et alt.), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1996, pág. 518.

²¹ Vid. STC 64/1986, de 21 de mayo, entre muchas otras.

Si se parte, pues, como premisa de la consideración de que la prueba ilícita o prohibida se genera como resultado de la práctica de una diligencia probatoria que conculca un derecho fundamental, resta por averiguar el contenido y alcance de la sanción que el art. 11.1 LOPJ expresamente le reserva y que, puede adelantarse, depende del que se reconozca como fundamento y fin de esta regla de exclusión legalmente consagrada²².

C) Consecuencias derivadas de la aplicación de la regla o reglas que encierra

Es cierto que el art. 11.1 LOPJ consagra la regla de inadmisibilidad e ineficacia de toda prueba de origen ilícito, pero, no lo es menos que, aun cuando su redacción no ha sido objeto de reforma alguna, dicha regla ha experimentado una singular transformación en los años transcurridos desde su promulgación. Esta realidad se explica con solo mencionar que, durante las dos últimas décadas, la Jurisprudencia se ha encargado de modular su aplicación, haciendo uso de una laxa interpretación de lo dispuesto en el precepto y el empleo de complejas y artificiosas fórmulas que han llevado a su debilitamiento, cuando no a una auténtica involución de sus postulados.

En realidad, en la ya larga vida de la que se ha dado en llamar “teoría de la prueba prohibida” pueden señalarse, en principio, dos grandes hitos coincidentes con sendos pronunciamientos del TC con los que se dio inicio a las dos grandes líneas jurisprudenciales que han marcado primero, para variar radicalmente después, el rumbo de la misma en el Ordenamiento Jurídico español. La STC 114/1984, de 26 de noviembre, antes citada, y las primeras resoluciones dictadas en la misma línea al amparo de un entonces recién nacido art. 11.1 LOPJ, marcan el primero de esos hitos con el que se inicia una trayectoria interrumpida o, si se prefiere, bruscamente alterada a raíz del pronunciamiento contenido en la resolución del mismo Tribunal 81/1998, de 2 de abril –que constituye ese segundo gran momento al que se aludía– y con el que comienza el proceso

²² Sobre esta cuestión *in extenso*, puede verse ASECIO MELLADO, J.M^a., “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de los derechos fundamentales”, *Rev. Jueces para la democracia*, 2009, núm. 66, págs. 85 a 89 y, asimismo, en “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, número 9499, 2019; MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita: regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista catalana de seguretat pública*, mayo 2010, pág. 133.

de involución de la máxima sentada años antes, según la cual, la entrada en el proceso había de quedar vedada a todo elemento o fuente de prueba que tuviera su origen, inmediato o algo más remoto, en la vulneración de un derecho o derechos fundamentales.

Punto álgido en ese proceso de deterioro parece, además, el que marca cierto pronunciamiento reciente de este alto Tribunal, la STC 97/2019, de 16 de julio, en lo que podría constituir un auténtico punto de inflexión en lo relativo a la concepción y efectos de esta teoría, si acaba cobrando peso –y no es lo deseable– la preocupante doctrina que acoge este singular fallo judicial, sobre el que se volverá luego.

a) La ineficacia procesal del material probatorio logrado ilícitamente como regla

En lo que atañe al contenido o consecuencia concreta que, según lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ, deriva de la ilicitud en mérito a la cual se obtiene el elemento o fuente de prueba, doctrina y Jurisprudencia venían coincidiendo en la interpretación o consideración de la dicción legal “no surtirán efectos” equivalente a la completa ausencia de virtualidad probatoria; un efecto o consecuencia que ha de llevar, al propio tiempo, a concebirla como prueba “inadmisibles”, puesto que carecería de sentido resolver su admisión para, seguidamente, negarle toda posibilidad de surtir en el proceso cuantos efectos le son propios²³.

Así las cosas, puede afirmarse que el material o la información que resulte de la diligencia de prueba lograda previa conculcación de un derecho fundamental ha de tener vedado el acceso al proceso, lo que se traduce en la imposibilidad, en principio, de su admisión como prueba válida y, de no evitarse lo anterior y ser incorporada al proceso a través del medio probatorio que corresponda, la imposibilidad de ser sometida a valoración por el juzgador²⁴ en orden a fundamentar su sentencia. Parece, pues, posible distinguir un doble momento en la interdicción probatoria generada, la imposible incorporación de la fuente ilícita al proceso, y una vez ya en él –se insiste, para el caso en que, erróneamente o

²³ PICÓ I JUNOY, J., “El derecho a la prueba ...”, op. cit., pág. 326. Sobre el particular véase asimismo la STC 85/1994, de 14 de marzo, (FJ 4º).

²⁴ CORDERO, F., “Procedura Penale”, op. cit., ed. 1989, pág. 298 y, asimismo, “Il procedimento probatorio”, op. cit., págs. 76 y 94, 117 o *Prove illecite*, in “Tre studi...”, op. cit., págs. 162 a 164.

no, llegue al proceso— su toma en consideración por el juzgador para formar su convicción²⁵.

En suma, la falta o imposibilidad de surtir efectos implica “el cierre procesal a la admisión del medio de prueba propuesto para introducir el material ilegítimamente obtenido y, en caso de haber accedido ya al proceso, la prohibición de su toma en consideración, ni autónomamente, ni a los efectos de corroborar o fortalecer la convicción o valoración de los resultados de la prueba regular y lícita”²⁶.

Concretada la específica sanción jurídico-procesal expresamente prevista por el art. 11.1 LOPJ, conviene determinar su alcance, esto es, precisar si la ilicitud y los efectos que genera se concretan en la fuente probatoria obtenida “directamente” de la vulneración del derecho fundamental o, tal y como sugiere la referencia en el precepto a “pruebas obtenidas “indirectamente” vulnerando derechos fundamentales, esa ineficacia o falta de efectos que resulta, alcanza a estas otras.

Es claro que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial construida por el Tribunal Constitucional en una primera etapa, el objeto de la prueba ilícitamente lograda ha de quedar sustraído del conocimiento del juzgador, quedándole vedada su valoración; sin embargo, esa claridad ha faltado en el tiempo posterior, en el que la línea doctrinal seguida por el Tribunal no parece apuntar a que sea esa la suerte que ha de correr todo elemento o información que de ella proceda.

A la vista de lo dispuesto por el art. 11. 1 LOPJ y, en particular, la imposibilidad que detalla de que surtan “efectos en el proceso (...) las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales”, la doctrina científica parece decantarse por admitir la presencia en el precepto del llamado “efecto reflejo”

²⁵ En opinión de FERNÁNDEZ ENTRALGO, debiera ser el propio juez quien, de oficio, declare la ilicitud probatoria. Vid. “Prueba ilegítimamente obtenida”, Rev. La Ley, 1990, núm. 1, pág. 1203 y, asimismo en “Las reglas del juego: prohibido hacer trampas”, *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, pág. 190.

²⁶ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente obtenida”, op. cit., pág. 1203.

de la prueba prohibida²⁷. La incorporación o acceso al proceso de fuentes o elementos probatorios ilícitamente logrados, siquiera a través de medios probatorios lícitamente practicados, queda así completamente vedada.

La Jurisprudencia, por su parte, nunca se ha decidido a ver en el precepto la consagración, con vocación de generalidad, de la regla o teoría “refleja” de la prueba prohibida, expresión de la “*fruit of the poisonous tree doctrine*”²⁸ norteamericana, a cuya luz, la ineficacia o falta de virtualidad probatoria de la fuente originariamente viciada (prueba prohibida “directa”), se transmite o contamina a toda otra obtenida lícitamente pero que tenga en aquélla su causa (prueba prohibida “indirecta” o “refleja”).

Si se atiende, en primer término, a la doctrina jurisprudencial sentada al respecto por la Sala 2ª del Tribunal Supremo –en adelante, TS– sorprende lo dubitativo *ad extremis* de la misma –especialmente en el periodo que comprende los años 1994 a 1998– puesto que de la admisión y operatividad de la teoría refleja en una resolución²⁹ se pasa a su rechazo en otra dictada en el mismo año, para más tarde traer de nuevo a sus resoluciones los efectos indirectos de la prueba prohibida, concretamente en el marco de las intervenciones telefónicas –espacio en el que se les ha dado mayor entrada– aunque, del balance final resulta una clara inclinación por la limitación de los efectos a la prueba originariamente ilícita³⁰.

La oscilación es también nota que ha caracterizado la Jurisprudencia vertida por el Tribunal Constitucional en el periodo iniciado con la STC 85/1994, de 14 de marzo, en la que, en una suerte de adaptación de la denominación anglosajona,

²⁷ ASECIO MELLADO, J. M., “Prueba prohibida ...”, op. cit., pág. 89; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, pág. 334; LÓPEZ BARAJAS PEREA, I., “La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2006, num. 708, pág. 3; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit., pg. 117; LÓPEZ FRAGOSO, T., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, pg. 98; Cfr. PASTOR BORGONÓN, B., “Eficacia ...”, op. cit., pág. 339; PICÓ I JUNOY, J., “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulador de las pruebas ilícitas”, *Rev. La Ley*, Diario núm. 4213, de 23 de enero de 1997, pág. 892.

²⁸ “*The fruit of de poisonus tree doctrine*” –o doctrina del “fruto del árbol envenenado”– configurada por la Jurisprudencia estadounidense y cuya primera manifestación se contiene en la Sentencia de la Corte Suprema de los EEUU, en el caso NARDONE, vs. US 60 S. Ct, 266 (1939).

²⁹ Vid. ATS de 18 de junio de 1992, y las SsTS de 25 y 29 de junio de 1993 y de 23 de enero de 1995.

³⁰ Véase la STS de 7 de julio de 1995.

se sirve por vez primera de la referida como doctrina del “fruto del árbol emponzoñado”, nuevamente en el marco de ilicitudes probatorias originadas en la intervención de comunicaciones telefónicas³¹ que, más tarde y tras los debidos ajustes, se fue extendido a los resultados de registros domiciliarios³². Así, teniendo a la vista una “primigenia conculcación de un derecho fundamental”, de la que no resulta material o elementos probatorios, pero que conduce de forma mediata a otra u otras pruebas cuya licitud queda cuestionada, entiende el TC en los primeros años de vigencia del art. 11.1 LOPJ que la imposibilidad de surtir efectos –prevista en el precepto– únicamente ha de afectar a ambos resultados probatorios si media la existencia de una conexión causal entre ambos³³, de suerte que el elemento de cuya validez se duda sea consecuencia innegable de aquél en el que se halla la ilicitud originaria³⁴.

La operatividad de esta regla, pues, según la línea jurisprudencial seguida hasta el año 1998, exige como presupuesto la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre la ilicitud en la adquisición de la prueba³⁵ y el resultado

³¹ STC 205/2002, de 11 de noviembre, (FJ 6º).

³² En la diligencia de registro domiciliario, sería prueba obtenida vulnerando directamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el acta del LAJ donde se documentó el resultado de dicha diligencia, y las declaraciones de los agentes de la autoridad que la llevaron a cabo; no en vano, el propio TC, en su sentencia 94/1999, de 31 de mayo, prohíbe su incorporación “a través del acta que documentó el resultado de la diligencia sumarial de investigación, ni por medio de la declaración testifical de quienes la protagonizaron, ya los agentes policiales que la llevaron a término, ya las personas que ex art. 569 LECrim asistieron como testigos a la práctica del registro”, por cuanto “ambas son materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental” (Vid. FJ 6º y 8º). En esta misma línea, véanse las SsTC 8/2000, de 17 de enero (FJ 3º y 8º), 139/1999, de 22 de julio (FJ 4º y 6º), y 136/2000, de 29 de mayo, (FJ 6º y 7º).

³³ Vid. STC 86/1995, de 6 de junio (FJ 3º).

³⁴ Véanse las SsTS de 28 de enero de 1998, de 24 de enero de 1998, de 23 de septiembre de 1997, de 26 de mayo de 1997, de 18 de abril de 1997, 24 de junio de 1996, de 6 de octubre de 1995, de 3 y 5 de junio de 1995, de 16 y 23 de enero de 1995, de 23 de diciembre de 1994, de 11 y 24 de octubre de 1994, de 9 y 28 de octubre de 1992, entre otras muchas.

³⁵ Conforme el propio TS se ha encargado de señalar, “la prueba nula no arrastra la nulidad de toda la actividad probatoria, sino sólo la de aquella que traiga causa directa de ella”. Vid. STS de 9 de octubre de 1992 (FJ 3º). Acertaban, pues, quienes como RUIZ VADILLO sostenían que “de entenderse nula una determinada diligencia probatoria, esta nulidad deberá impedir que su contenido sirva de plataforma a la condena, debiendo arrastrar a aquellas otras que traigan causa directa e inmediata de aquélla”. Vid. “Constitución y enjuiciamiento criminal”, *Estudios de Derecho Procesal*, Granada, 1995, pág. 379.

logrado a partir de aquélla, en alusión a la que se conoce como “prueba derivada”³⁶ que puede, en consecuencia, identificarse con aquélla que no hubiera podido hallarse sin un previo conocimiento obtenido de forma ilícita.

Con arreglo a estos presupuestos y, en esencia, tras concluir la existencia de un nexo de conexión evidente con la diligencia probatoria viciada, en no pocas ocasiones el Tribunal Constitucional ha llevado la ineficacia de esta primera prueba –originariamente ilícita– a la derivada directa o indirectamente de ella³⁷. No obstante, y ante la posibilidad de que la relación natural existente entre una primera fuente probatoria ilícita y la que no lo es *per se* carezca de fuerza bastante³⁸ para concluir o, mejor, para que no quepa duda de que la lícitamente lograda resulte de la conseguida previa conculcación del derecho fundamental –de lo que no faltan ejemplos en su vasta Jurisprudencia³⁹– no descuida el TC la necesidad de atender al caso concreto y, conforme sugería la doctrina científica⁴⁰, analiza en sus resoluciones, de forma particularizada, la relación de causalidad existente entre la prueba ilícita y la lícitamente obtenida que trae de la anterior su causa⁴¹.

Pero, con ser importante el número de sentencias en las que admite los efectos reflejos de la prueba prohibida, en lo que bien podría entenderse como consolidación

³⁶ PICÓ I JUNOY, J., “Nuevas perspectivas ...”, op. cit., pág. 1875.

³⁷ Véanse, entre otras, las SsTC 107/1985, 64/1986, 80/1991, 86/1995, 181/1995, 49/1996, 54/1996 y el ATC 248/1996.

³⁸ Como en breve se conocerá, a los efectos de entender roto el necesario nexo causal entre pruebas o, cuando menos, que éste se debilita y aleja a la derivada del vicio inicial, la Jurisprudencia comenzó a prestar atención, a un triple factor: el de carácter temporal, cifrado en el tiempo transcurrido entre la producción del acto conculcador del derecho y una segunda o nueva fuente de prueba, el relativo a la intencionalidad en el agente que lo lleva a cabo o, mejor, la apreciación de si la inadmisión probatoria genera o no en éste un efecto disuasorio de estas conductas, y la naturaleza e intensidad de la lesión del derecho y la naturaleza y entidad de su resultado.

³⁹ Véanse, entre otras, las SsTS 298/1994, de 18 de febrero, y 2045/1994, de 26 de noviembre.

⁴⁰ En particular, propone ASENSIO MELLADO que se atienda, incluso, al lugar que la prueba cuya ineficacia se debate ocupe en una cadena de sucesiones, un dato que denota el grado de intensidad de la relación de causalidad que le une a la originariamente ilícita. “Prueba prohibida ...”, op. cit., pág. 90.

⁴¹ Y, en un primer momento, con vocación absoluta, fruto del momento histórico y la necesidad de potenciar *ad extremis*, el cuadro de garantías procesales recién instauradas. “Prueba prohibida ...”, op. cit., 89. Le sigue en sus conclusiones NOYA FERREIRO, M^a. L., “La intervención de comunicaciones directas ...”, op. cit., pág. 298.

en el Derecho español de la regla que impone la absoluta prohibición de someter a valoración las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales, lo cierto es que mayor parece la inclinación de este Tribunal por la teoría directa o, cuando menos, por una limitada o restrictiva y, en definitiva, desvirtuada teoría indirecta o refleja, al menos en las dos últimas décadas. Como en breve se tendrá ocasión de evidenciar, el aparente criterio favorable a considerar que la ineficacia de la prueba ilícita en origen se transmite a toda otra que proceda de ella –lo que viene, incluso, a expresarse en el encabezamiento de muchas de sus resoluciones– en los últimos tiempos viene contradicho y acaba siendo ignorado, a través de la introducción de doctrinas correctoras con las que, con mayor o menor sutileza, evita la proyección de ese efecto invalidante y, en consecuencia, la aplicación de la regla de exclusión contenida en el art. 11. 1 LOPJ.

Con todo, no parece erróneo afirmar que esta “teoría de la prueba ilícita indirecta o refleja” goza de predicamento en el marco jurisprudencial; no en vano, es considerable el número de pronunciamientos del TS que, como sucede en la Sentencia 2/2011, de 15 de febrero, expresamente declaran que “la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas”.

La desmesura con la que, quizás en ciertos momentos, vino el TC a reconocer la eficacia refleja de la prueba prohibida que, inevitablemente, hizo surgir en el conjunto de la sociedad española cierta sensación de injusta impunidad⁴², sumada a la incidencia de ciertos acontecimientos socio-políticos que, haciendo prevalecer seguridad sobre libertad, marcaron la pauta a escala mundial, hacía presagiar el cambio de doctrina que finalmente se hizo manifiesto en la STC 81/1998, de 2 de abril.

b) La involución de la regla contenida en el art. 11.1 LOPJ

Como se adelantaba, la STC 81/1998, de 2 de abril –el segundo de los grandes hitos de esta trayectoria a los que se aludía– marca un claro punto de inflexión

⁴² ARMENTA DEU, T., “La prueba ilícita...”, op. cit., págs. 65 y 66; ASECIO MELLADO, J.M., “La teoría de la conexión ...”, op. cit., pág. 87; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “La intervención de las comunicaciones ...”, op. cit., pág. 259.

en la línea de interpretación seguida, aun con altibajos, por el Tribunal Constitucional, acerca de la regla o “garantía” –permítasenos esta licencia– que supone la “interdicción procesal de la prueba ilícita o prohibida” arbitrada por el art. 11.1 de la LOPJ.

Lo cierto es que resumir en una sola idea el impacto provocado por la doctrina constitucional que inaugura este pronunciamiento resulta complejo y, en cualquier caso, obliga a hablar de ruptura del esquema o postulados sobre los que hasta el momento se asentaba la configuración de este teorema y antes, incluso, de cambio o quiebra en la concepción misma de la prueba “prohibida” o “ilícita” generadora de consecuencias, también distintas en lo relativo a su alcance, de las que hasta el momento y a la vista del mismo precepto, venía atribuyéndosele.

Efectivamente, sea influenciada por el progresivo declive experimentado por esta teoría en la Jurisprudencia estadounidense⁴³, sea por la que pareció entenderse una indiscriminada aplicación o, si se prefiere, por el desorbitado alcance dado a la sanción procesal que la ilicitud probatoria llevaba aparejada –que, como se adelantaba, hizo caer importantes procesos de gran repercusión mediática– lo cierto es que, fundamentalmente a partir de este pronunciamiento del año 1998, la Jurisprudencia comienza a servirse de nuevos criterios, fruto de una laxa interpretación del contenido del art. 11.1 LOPJ para determinar, no sólo la presencia de una prueba ilícita directa –que puede no quedar privada de toda virtualidad en el proceso– sino además, la medida o alcance de su eventual ineficacia, que no parece que deba ya transmitirse o afectar a toda otra fuente probatoria que tenga en aquélla su origen.

En resumen, de oscilante y confusa debe calificarse la doctrina constitucional vertida en torno a la ilicitud probatoria en los años que separan de las primeras apariciones de esta regla de exclusión probatoria, entrando en la última época en una dinámica que no parece exagerado calificar de “involutiva” o de “desmantelamiento” de los que comenzaron siendo sus postulados; y es que, merced a la introducción de nuevos parámetros, el TC ha logrado estrechar su ámbito de aplicación o, expresado de otro modo, ha ampliado e intensificado las exigencias

⁴³ FIDALGO GALLARDO, C., “Las pruebas ilegales ...”, op. cit., págs. 13, 20 y otras, y MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Eficacia de la prueba ilícita ..”, op. cit., págs. 85 y ss.

para su aplicación, al tiempo que incorporado ciertas fórmulas o artificios con los que modular los efectos que, con arreglo a los postulados originarios, provoca la ilicitud probatoria penal, a saber, el manejo de la compleja teoría de la conexión de antijuridicidad⁴⁴ y empleo de nuevas tesis o doctrinas para la determinación del alcance de las consecuencias o efectos que provoca la ilicitud probatoria.

III. NUEVAS TESIS O PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA INEFICACIA PROBATORIA

1. Ideas previas

Como a lo largo de estas páginas se ha tenido ocasión de evidenciar, el vaivén entre posiciones favorables a la admisión en el Ordenamiento Jurídico-procesal español de la eficacia refleja de la prueba ilícita –en épocas en las que, por razón de las circunstancias socio-políticas reinantes, se asiste al considerado por algunas voces como “garantismo extremo”– y aquéllas otras que lo son, en cambio, a la exclusión del efecto expansivo o contaminante de la ineficacia procesal que se predica de la prueba viciada en origen –de mayor peso quizás que las posiciones anteriores– es la tónica que ha seguido la doctrina jurisprudencial sentada por los tribunales Constitucional y Supremo en la dos últimas décadas.

En verdad, sin declarar abiertamente un cambio, negación o corrección de su doctrina, la Jurisprudencia ha hecho uso de diversas fórmulas o artificios que han conducido a la minoración o, mejor, la exclusión o anulación del efecto invalidante que la prueba viciada en origen –pártase de la premisa que sigue como cierta– ha de transmitir a aquella o aquellas que derivan de ella.

⁴⁴ No en vano, el propio TS viene advirtiendo con reiteración de la necesidad de “manejar con suma precaución la doctrina de la denominada “conexión de antijuridicidad”, pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1º LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios ya superados con la aprobación de esta LOPJ de 1985”. Vid. SsTS, 1203/2002, de 18 de julio; 58/2003, de 22 de enero; 676/2001, de 20 de abril y, entre las más recientes, las SsTS de 24 de mayo y 20 de marzo de 2010.

Interesante resulta, en fin, determinar en qué supuestos y con arreglo a qué criterios o, si se prefiere, mediante el juego de qué regla o teoría, la que parecía consagrada en nuestro Ordenamiento como “teoría de la prueba ilícita o prohibida” se ha ido “retorciendo”, moldeando al servicio de fines algo alejados del primordial de tutela de los derechos y libertades fundamentales de la persona –como bien o valor de más alto rango– al que, según proclama del mismo TC, obedece su inicial configuración en el Derecho español.

En efecto, con olvido del afirmado en 1984 como fundamento por el entonces TC, y tras hacer suyo –en parte– el propio de la Jurisprudencia norteamericana⁴⁵, el Tribunal ha ido recortando el marco de operatividad de la mencionada regla, dando un amplio margen al juego de distintas excepciones a su aplicación que han acabado por transformarla de forma extraordinaria; no en vano, a la luz de la doctrina jurisprudencial nacida merced a la aplicación de la conocida como “teoría de la conexión de antijuridicidad”, el carácter absoluto tiempo atrás predicable de esa regla de exclusión o interdicción procesal de la prueba ilícita desaparece, de suerte que no todo material probatorio logrado ilícitamente tiene o ha de tener vedado el acceso al proceso.

En definitiva, y como bien advierte la doctrina⁴⁶, en este amplísimo periodo de vigencia de la mencionada regla se observan en la Justicia claros “efectos pendulares”, por cuanto, en épocas en las que la percepción ciudadana de “inseguridad” ha sido menor, esta parece haber “abierto la mano” y mostrar “mayor sensibilidad en la preservación de las garantías individuales”, mientras

⁴⁵ Como quiera que en este marco normativo no se trata de una exigencia constitucional, y en coherencia con su distinto fundamento o finalidad –la disuasión del empleo de métodos o realización de actuaciones ilícitas por parte de los órganos policiales encargados de la investigación– bastaría entender que la mencionada regla ha perdido eficacia, o no sirve a la consecución de tal fin, para eliminarla o limitar su ámbito de aplicación dando entrada a un mayor número de excepciones. Y, precisamente, a ese proceso se viene, al parecer, asistiendo en el sistema norteamericano en el que, constatada la ineficacia de la *exclusionary rule* como elemento de disuasión, la Jurisprudencia ha ido reduciendo progresivamente su aplicación merced a la introducción de importantes correctivos, llegando incluso a su sustitución por instrumentos que se estiman más eficaces, y en particular, por la exigencia de responsabilidad civil al sujeto infractor del derecho o garantía que determina la ilicitud del material probatorio logrado. Sobre el particular, véase MIRANDA ESTRAMPES, M., “La prueba ilícita ...”, op. cit., págs. 134 y 135.

⁴⁶ En particular, ARMENTA DEU, T., “La prueba ilícita ...”, op. cit., págs. 65 y 66.

su reacción ha sido la opuesta en los periodos en los que, contrariamente, se ha visto crecer la criminalidad –y la percepción de la ciudadanía de un cierto “hipergarantismo”⁴⁷– momentos estos en los que ha intensificado los instrumentos arbitrados para la persecución del delito.

La última década, fundamentalmente, ha sido el tiempo en el que la regla de inadmisión de la prueba indirectamente ilícita ha visto claramente recortado su alcance, cuando no excluida su aplicación. En fechas recientes, incluso, parece sometida a nueva mutación a partir de su conversión, a golpe de sentencia, en mera regla de legalidad ordinaria carente de la raíz o fundamento constitucional que le fuera atribuido en sus orígenes.

2. La teoría de la “conexión de antijuridicidad”

La acuñada por el TC como “teoría de la conexión de antijuridicidad”, constituye una construcción jurisprudencial, se quiera o no reconocer, destinada a corregir el alcance de los efectos indirectos generados por la prueba ilícita o, si se prefiere, a evitar la proyección de su ineficacia sobre otra u otras pruebas, quizás lícitamente logradas, pero que tienen su causa u origen en el acto conculcador de un derecho fundamental.

Conforme, con acierto, destacan algunas voces, esta particular doctrina fue ideada por el máximo intérprete constitucional, “para servir de cauce de valoración de los efectos de las pruebas obtenidas indirectamente de otras atentatorias a los derechos fundamentales”⁴⁸, en la medida en que limita, hasta el extremo de eliminar, el efecto anulatorio o invalidante de la prueba ilícita o prohibida, sirviéndose para ello de distintos artificios con los que –se insiste– son sanados y recuperados para el proceso elementos probatorios, inicialmente afectados de ilicitud y que, en regla de principios, tendrían vedado el acceso al mismo. Es, en definitiva, una creación jurisprudencial que vacía de contenido el art. 11.1 LOPJ,

⁴⁷ También en opinión de cierto sector doctrinal, la admisión del efecto indirecto o reflejo de la prueba ilícita es fruto de la “generosidad garantista”. En esta línea, VELAYOS MARTÍNEZ, M^a.I., *Los límites a la investigación penal: teoría general de la limitabilidad de los derechos fundamentales. La prueba prohibida*, iustel.com; en contra de su consideración como “concesión hipergarantista” se manifiesta, en cambio, GASCÓN ABELLÁN., “El debilitamiento ...”, op. cit., pág. 77.

⁴⁸ ASENSIO MELLADO, J. M^a., “La teoría de la conexión ...”, op. cit., pág. 85.

reducido a una declaración meramente formal o, más bien, actúa derechamente en contra de lo que dispone⁴⁹.

Y, en verdad, el manejo de esta oscura doctrina ha servido al TC para dar vida a distintas excepciones a la regla de interdicción procesal legalmente consagrada, con las que no sólo queda en cuestión la eficacia indirecta o refleja de la prueba ilícitamente lograda, sino la propia eficacia directa, toda vez que, con esta artificiosa fórmula se ha abierto paso a la posibilidad tanto de admitir y valorar en el proceso pruebas lícitamente logradas, aunque derivadas de la que padece el vicio o licitud original, cuanto a la admisión y valoración en el proceso de la prueba *per se* ilícita –en tanto resultante de la directa vulneración del derecho fundamental–, en ocasiones –que han acabado por ser muchas– en las que aprecia que la necesidad de tutela del derecho vulnerado no exige la exclusión del resultado que se obtiene.

En definitiva, el TC se ha ido apartando de los que fueron sus postulados iniciales en la configuración de esta regla para, en las dos últimas décadas, reducir su aplicación al punto de provocar su práctica eliminación como fórmula con arreglo a la cual resolver el alcance de la eficacia o ineficacia, en el Derecho español, de la prueba obtenida conculcando derechos fundamentales.

A) La expresión de un vuelco a los postulados de la teoría indirecta o refleja

Que esta singular doctrina del TC supuso una ruptura en toda regla de sus propios postulados⁵⁰ salta a la vista a poco que se repare en algunas declaraciones contenidas en la STC 81/1998, de 2 de abril y, en particular, la que viene a señalar que “es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones –se entiende que no siempre, pues– obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos”.

⁴⁹ Por lo acertado –a mi juicio– de sus consideraciones en torno a la que no puede sino considerarse una retorcida y peligrosa construcción jurisprudencial, interesante es la remisión a la crítica que de esta doctrina y las consecuencias de su aplicación lleva a cabo ASENSIO MELLADO, en “La teoría de la conexión...”, op. cit., págs. 77 y ss, y en tiempos recientes, en “La STC 217/2019, de ...”, op. cit.

⁵⁰ DÍAZ CABIALE, JA., con MARTÍNEZ MORALES, R., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, *Rev. Jueces para la democracia*, núm., 43, 2002, pág. 43.

De este modo, la que hasta entonces venía concebida como regla absoluta se relativiza, abriendo paso a la posibilidad de excepcionar su dictado, no ya en relación con la posible eficacia refleja de la prueba ilícita o prohibida, que también y muy especialmente, sino en lo que atañe a la eficacia o, mejor, la ineficacia directa del material probatorio ilícitamente logrado. Pero, además, la incorporación de esta singular doctrina abrió nuevos horizontes en lo que atañe a la admisión en el sistema procesal penal español de pruebas indirectas o reflejas, ofreciendo al juzgador nuevos criterios con los que ponderar la validez o ineficacia de pruebas –recuérdese– quizás lícitas, pero derivadas de otras claramente ilícitas.

Conviene, en cualquier caso, señalar que en ese tiempo no faltaron resoluciones, tanto del TS cuanto del TC, que vinieron a establecer la “prohibición de valorar no sólo la prueba directamente obtenida a través de la vulneración de algún derecho fundamental, sino también la que lo hubiera sido de forma indirecta, merced a esa misma vulneración”⁵¹. Como, en particular, señala la STS 1380/1999, de 6 de octubre, “cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria y, como resultado del efecto dominó, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella (...) y ello, por un imperativo elemental de coherencia normativa” porque –según reiterada doctrina de esta Sala 2ª– “la prohibición del uso de datos probatorios adquiridos mediante la violación de un derecho fundamental, permitiendo, al mismo tiempo, su aprovechamiento indirecto, constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo e, incluso, una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso”⁵².

Son, en fin, resoluciones del máximo intérprete constitucional en las que se impone como regla la prohibición de valoración de la prueba obtenida con vulneración de Derechos Fundamentales sustantivos, prohibición –se insiste– que atañe “no sólo a la valoración de los resultados directos de la intervención, sino que se extiende o alcanza al de cualquier otra prueba derivada, siempre que

⁵¹ Véanse, en particular, las SsTC 69/2001, de 17 de marzo, 28/2002, de 11 de febrero, y las SsTS 58/2003, de 22 de enero, 290/1999, de 17 de febrero, y 1203/2002, de 18 de julio.

⁵² Vid. STS 1380/1999, de 6 de octubre.

entre ambos resultados probatorios exista una conexión natural o causal⁵³ que lleve a concluir que este segundo se obtuvo merced a la ilicitud que permitió la obtención del primero. Sin embargo, a partir de la STC 81/1998, antes citada, comienza a configurarse como excepción a esa inicial regla general, la posibilidad de considerar lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse “jurídicamente independientes”⁵⁴.

B) La configuración de una nueva doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su asunción por el alto Tribunal Supremo

Como se adelantaba, a partir de esta construcción jurisprudencial, en el proceso penal español comenzó a admitirse la validez o eficacia de ciertas pruebas, enlazadas de forma natural o causal con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental, en la medida en que derivaban de conocimientos adquiridos en virtud del mismo, pero “jurídicamente” independientes de la prueba o pruebas viciadas en origen⁵⁵, pruebas –las desconectadas en el plano jurídico– de las que puede, en consecuencia, servirse el juzgador de cara a fundar su convicción⁵⁶.

A la luz de esta doctrina jurisprudencial, pues, sólo la prueba o pruebas “jurídicamente” ligadas a la ilícitamente obtenida, tanto por una conexión causal,

⁵³ Véanse, entre otras, la STS 2/2011, de 15 de febrero, y las anteriores 49/1996, de 26 de marzo, 54/1996, de 26 de marzo y 85/1994.

⁵⁴ STC 151/1998, de 13 de julio. En la misma línea, *vid.* SsTC 166/1999, de 27 de septiembre y 136/2000, de 29 de mayo.

⁵⁵ Conforme declara la STC 121/1998, de 15 de junio, en su FJ 2º, “(...) nuestra doctrina distingue entre la mera conexión natural con el acto de vulneración del derecho fundamental, requisito considerado necesario, pero no suficiente, de la conexión o enlace jurídico, que es el único que evidencia una necesidad de protección procesal del derecho fundamental (...)”. En el mismo sentido, STC 8/2000, de 17 de enero (FJ 2).

⁵⁶ Según tiene declarado el Tribunal en el ATC 155/1999, 14 de junio (FJ 5), “la aplicación de la teoría del árbol envenenado no supondría la automática consideración de la prueba derivada como constitucionalmente ilícita, sino que habría que analizar si las pruebas posteriores a las iniciales, valoradas como vulneradoras de las garantías constitucionales, son jurídicamente independientes de aquéllas, pues ello permitiría su ponderación como pruebas de cargo”. *Vid.* STC 28/2002, de 11 de febrero (FJ 4º), 167/2002, de 18 de septiembre (FJ6º) y STC 24 de octubre de 2005 (FJ 7º).

cuanto por la que el propio TC acuña como “conexión de antijuridicidad” ha de entenderse “indirecta” o “refleja” de suerte que, a los efectos de ponderar si se halla o no incluida en la prohibición de valoración, se impone un análisis en dos niveles o tiempos⁵⁷, el primero, ordenado a determinar si existe o no relación causal entre la prueba originariamente ilícita y la segunda que, en ese caso, podría entenderse “derivada” y, el segundo, dirigido a apreciar la existencia o inexistencia entre ellas de la llamada “conexión de antijuridicidad”. En resumen, se impone una doble perspectiva de análisis.

La que debe concebirse como “perspectiva interna” –como bien explica la STS 2/2011, de 15 de febrero– atiende, de un lado, a la índole y características de la vulneración del derecho producida en la prueba originaria, y lleva a averiguar qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma, y de otro, atiende al resultado inmediato de la infracción, esto es, el conocimiento adquirido a través de la injerencia llevada a cabo de forma ilegítima⁵⁸. Obliga, pues, a ponderar la relevancia, desde el plano de la causalidad, entre la conculcación del consabido derecho fundamental y los efectos que conlleva, directa o indirectamente⁵⁹.

La concebida como perspectiva externa, en cambio, tiende a constatar, a la vista de las necesidades esenciales de tutela del derecho menoscabado, si la prueba indirecta o refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo. Exige, en definitiva, examinar la naturaleza de la trasgresión y su alcance o grado de afectación, y una vez relacionados ambos elementos y apreciada la razón a la que obedece la trasgresión antedicha, realizar el complicado juicio de conexión de antijuridicidad.

Así las cosas, para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad entre pruebas, el tribunal ha de atender a un complejo criterio consistente, en un

⁵⁷ “Dos pasos –señala el TC en su resolución de 6 de mayo de 2006 (FJ 6)– que, por más que en la realidad puedan hallarse íntimamente unidos, son lógicamente separables”.

⁵⁸ Es en este ámbito interno –tendente a resolver si la antijuridicidad de la prueba directa se transmite o trasciende a la indirecta o refleja– donde entrarían en juego los criterios correctores de la buena fe procesal o el hallazgo inevitable a los que antes se aludía.

⁵⁹ ARMENTA DEU. T., “La prueba ilícita...”, op. cit., pág. 124.

primer momento, en analizar “la índole y características del derecho vulnerado en la prueba originaria, así como su resultado”, esto es, examinar, de una parte, las garantías o aspectos de la esfera de protección del derecho que resultan menoscabados y en qué modo, y de otra, la información o conocimiento adquirido merced a esa conculcación, todo ello, con el fin de determinar si, desde una perspectiva interna, la inconstitucionalidad de la primera se transmite o no a la derivada de ésta. En un segundo momento, han de considerarse “desde (esa otra) perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades de tutela que las exigencias de realidad y efectividad del derecho (...) (requiere)” y determina, en su caso, “la expulsión del acervo probatorio de cargo, de la prueba derivada de la prohibida”. En consecuencia, si no existe conculcación del derecho fundamental y nos hallamos ante una mera irregularidad, la necesidad de tutela del derecho puede entenderse satisfecha mediante la exclusión o no valoración de la prueba obtenida directamente de la vulneración, quedando excluida, por innecesaria, la irradiación de ese efecto invalidante a las pruebas que deriven de aquélla, que no quedan sujetas a prohibición de valoración alguna.

Una y otra perspectiva –aclara el TC– son complementarias, de suerte que si la prueba refleja “es ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades de tutela del mismo⁶⁰, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo⁶¹. Y, en cualquier caso, exige el TC a los órganos jurisdiccionales ordinarios una suficiente y adecuada fundamentación de la “desconexión” apreciada, esto es, que expliciten las razones que les lleva a esa conclusión y la suficiencia de las mismas, de suerte que sólo si entiende debidamente fundamentada esa consideración, podrá resolver la razonabilidad del juicio expresado por el juez o tribunal de instancia.

⁶⁰ “No procederá la valoración de la prueba derivada” –según se declara en el fundamento cuarto del voto particular a la STS 58/2003, de 22 de enero, formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta con la adhesión del Magistrado Excmo, Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca– cuando la lesión al derecho fundamental sea tan grosera que la efectividad del contenido esencial del derecho vulnerado exija restar eficacia probatoria a toda prueba posterior, no siendo preciso indagar si la prueba posterior aparece conectada, directa o indirectamente, con la prueba vulneradora”.

⁶¹ Vid STC 81/1998, de 2 de abril y, en la misma línea, las posteriores SsTC 136/2000, de 29 de mayo; 171/1999, de 27 de septiembre; 94/1999, de 31 de mayo; 121/1998, de 15 de junio.

Sucede, sin embargo –y he aquí otro de los aspectos alarmantes de esta singular doctrina– que la existencia o no de esa “conexión de antijuridicidad” –según tiene declarado el propio TC– no constituye en sí misma un hecho, sino un “juicio de experiencia” que permite concluir que las pruebas derivadas hubieran podido adquirirse por medios distintos e independientes, en definitiva, autónomos de los que han causado la vulneración del derecho fundamental sustantivo.

C) Crítica a la “teoría de la conexión de antijuridicidad” y sus derivaciones desde un acercamiento a su traducción o repercusión práctica

a) La apreciación de “desconexión” o “independencia” entre pruebas. Efectos

Como bien puede colegirse, con arreglo a esta singular doctrina jurisprudencial llega a considerarse lícita la valoración de pruebas que, a pesar de encontrarse “conectadas” desde una perspectiva natural con el hecho de la vulneración del derecho fundamental, en la medida en que no derivan del conocimiento adquirido a partir de esta, se consideran o pueden considerarse jurídicamente independientes, una solución ésta, de innegable repercusión de orden práctico.

En primer término, apreciar “desconexión” entre medios probatorios abre paso a la posibilidad de incorporar al proceso datos conocidos a partir de la práctica de una prueba sobre la que pesa la sospechosa, pero no ha sido declarada la ilicitud, esto es, permite que el resultado probatorio derivado de la ilicitud originaria no quede *a priori* excluido del proceso. Pero, además y fundamentalmente, efecto derivado de la aplicación de esta singular tesis la posibilidad de admitir y valorar como prueba, salvo inconveniencias u obstáculos de otro orden, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan, tras apreciar la ruptura de la conexión de antijuridicidad existente entre la diligencia o diligencias probatorias nulas y la posterior confesión del inculpado, que puede constituir prueba de cargo válida y suficiente para fundamentar la condena.

Esta poderosa doctrina, que abría la entrada al proceso a un material o información “jurídicamente desconectada” de la ilicitud, en el sentido antes visto, encontró pronta acogida en las resoluciones de la sala 2ª del TS⁶², sin embargo,

⁶² Fieles a la doctrina de la “conexión de antijuridicidad” son, entre otras muchas, las SsTS 998/2002, de 3 de junio, 1011/2002, de 28 de mayo, 1151/2002, de 19 de junio, 1203/2002, de

no logró pacificar la cuestión relativa a la incidencia de lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ. Por razones que luego se expondrán, en el seno del alto Tribunal comenzó a manifestarse la disidencia, y no fueron pocas las sentencias –y votos particulares– que comenzaron a alejarse de la línea jurisprudencial iniciada con la STC 81/1998, hasta el punto de acoger la que bien puede considerarse tesis opuesta⁶³. Incluso, el espacio existente entre la doctrina inicial y el resultado de su evolución fue cubierto por la que bien puede entenderse una tercera doctrina con la que cerrar las fisuras detectadas en la aplicación de las anteriores y clarificar la cuestión relativa a la validez o eficacia de la confesión derivada de prueba ilícita.

En definitiva, se asistía a la coexistencia de la que, en terminología acuñada a nivel doctrinal⁶⁴, se conoce como “teoría clásica de la autonomía o independencia de la confesión”, aquella otra que, invirtiendo los postulados de esta primera, se dio en llamar doctrina del “carácter ilícito de la fuente de conocimiento o su ilícito aprovechamiento”, por tener en esa doble razón, su fundamento, y a medio camino entre ambas, la que fue designada como “teoría de la fuente informada”.

b) La autonomía o independencia de la confesión válidamente prestada

Como se adelantaba, la aplicación de la teoría de la conexión de antijuridicidad o, mejor, la apreciación de la “desconexión” existente entre la prueba manifiestamente nula –en tanto que obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental– y la confesión o “espontánea declaración” posteriormente recibida del inculpado, si bien, acerca de hechos o circunstancias conocidas a raíz de la ilicitud probatoria inicial, se resuelve en la posibilidad de servirse del contenido de esa declaración para fundamentar una sentencia condenatoria.

18 de julio, 1542/2002, de 24 de septiembre, 1989/2002, de 29 de noviembre.

⁶³ SsTC 49/1999, de 5 de abril, 94/1999, de 31 de mayo, 139/1999, de 22 de julio, 8/2000, 17 de enero, 50/2000, de 28 de febrero, 136/2000, de 29 de mayo, 167/2000, de 18 de septiembre, 299/2000, de 11 de diciembre, 138/2001, de 18 de junio, 149/2001, de 27 de junio, 174/2001, de 26 de julio, 167/2002, de 18 de septiembre.

⁶⁴ A ésta y el resto de doctrinas jurisprudenciales coexistentes, vertidas por la misma Sala 2ª TS en torno a esta cuestión, se refiere RODRÍGUEZ LAÍN, bajo el epígrafe “teorías sobre la irradiación de la antijuridicidad de la prueba ilícita”, en su obra “La confesión del imputado ...”, op. cit., págs. 68 y ss.

La operatividad de las reglas que conforman esta doctrina “clásica” u originaria de la eficacia de la confesión derivada de prueba ilícita parte de la afirmación de la existencia de una relación de causalidad entre el resultado obtenido mediante conculcación del derecho fundamental y la declaración recibida, o mejor, parte de la no negación de la presencia de ese vínculo o conexión natural, lo que permite hablar del resultado finalmente obtenido y cuya licitud o ilicitud se discute –*v. gr.*, la evidencia del hallazgo de sustancias prohibidas en poder del inculcado– como “evidencia derivativa” para resolver que el mismo no queda viciado o afectado por la ineficacia predicable del resultado de la prueba originariamente ilícita; y ello, por entender que la confesión que se presta representa una actuación ajena al normal desarrollo o despliegue de ese efecto invalidante que la prueba ilícita directa transmite a la indirecta o refleja.

De acuerdo con esta doctrina, el vínculo o nexo natural existente entre los resultados probatorios “queda roto por la libre decisión del inculcado de declarar sobre los hechos que se le imputan”, provoca, en definitiva, una clara “desconexión causal” si media el escrupuloso respeto a las garantías constitucionales y legales que permiten afirmar la existencia de libertad y autodeterminación en la declaración que se presta⁶⁵. En otras palabras, si la declaración no tiene lugar en un entorno de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación⁶⁶, nada se opone a la incorporación al proceso y toma en consideración en él de las manifestaciones realizadas por el imputado⁶⁷, una vez informado de sus derechos y habiendo sido asistido por Letrado⁶⁸. Son, en definitiva, manifestaciones que, ratificadas en el acto

⁶⁵ Vid. STC 184/2003, de 23 de noviembre.

⁶⁶ ATC 13 de diciembre de 2000. A este respecto, véase asimismo lo dispuesto por la STC 61/2005, de 14 de marzo.

⁶⁷ Conforme explícitamente declara la STC 161/1999, de 27 de septiembre, “la libre decisión del acusado de declarar sobre hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con la inicial prueba “ilícita”; a su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental, lo que justificaría su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental”. En idénticos términos se pronunciaba el Pleno del Tribunal, en la STC 184/2003, de 23 de noviembre, antes citada.

⁶⁸ Esta doctrina es, en una primera etapa, asumida por el TS, en sentencias como la 23/2003, de 17 de enero, 82/2002, de 28 de enero, 742/2002, de 24 de abril o la 1272/2002, de 8 de julio.

del juicio oral⁶⁹, acompañadas de las garantías que han de rodear la prueba, y siempre que se entienda de cargo, constituyen prueba apta para fundamentar una sentencia de condena.

A esos efectos, lejos de servirse de fórmulas genéricas, “será preciso un especial análisis de las condiciones concretas y en las que en cada caso se produjo la confesión inculpativa, en orden a verificar que fue exponente de su libre voluntad y autodeterminación, y no viciada por la realidad del hallazgo”⁷⁰.

Traer, sin embargo, a la memoria lo afirmado por el TC en cuanto a que “la validez o eficacia de la confesión depende (...) de las circunstancias en las que ésta se presta o recibe” lleva a cuestionarse, precisamente, la legitimidad o licitud que se predica de una declaración –recuérdese– “nuclearmente asociada en la práctica a la previa adquisición de determinados datos inculpativos con violación de un derecho fundamental”⁷¹, la principal fisura de esta doctrina, en la que encuentran justificación muchas de las críticas recibidas y reticencias que plantea su aplicación.

Como puede notarse, basta al TC que la declaración sea recibida previa información al imputado de los derechos que en esa condición le asisten y, en particular, el derecho a guardar silencio y a no confesar su culpabilidad, y que sea prestada en presencia del abogado defensor –como si presencia y asistencia letrada fueran la misma cosa– para entenderla “jurídicamente independiente” y, en último término, prueba de cargo válida para fundamentar una sentencia de condena, toda vez –según declaración del propio TC– que “las propias garantías constitucionales que rodean su práctica (...) salvaguardan (la prueba) de la vulneración anterior de otro derecho constitucional”⁷².

La duda que planea sobre esta construcción doctrinal es, efectivamente, si en las condiciones antedichas, las manifestaciones recibidas del sujeto investigado han sido prestadas “libre y espontáneamente” tratándose, como se trata,

⁶⁹ Vid. STS de 13 de diciembre de 2005.

⁷⁰ Vid. STS 91/2011, de 18 de febrero, y en la misma línea, la STS de 16 de junio de 2008.

⁷¹ STS 58/2003, de 22 de enero.

⁷² STC 8/2000, de 7 de febrero, en la que se contiene un pronunciamiento que hace suyo la STS 91/2011, de 18 de febrero.

de declaraciones o confesiones logradas sirviéndose o, mejor, aprovechando la información o conocimientos adquiridos a través de un acto o actos ilícitos previos. Son, en definitiva, conocimientos que, de no gozar del favor de esta solución jurisprudencial, tendrían vedado el acceso al proceso y que, a través de la confesión, esto es, de una forma indirecta o mediata –y he aquí lo preocupante– acaban incorporados al juicio e, incluso, instalados en la base de la sentencia.

En definitiva, la admisión de esta confesión como prueba válida y la consiguiente valoración de sus resultados, convalidada y recupera para el proceso una información que, en principio y por su ilícita obtención, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ, “no (habría) de surtir efectos”, una prueba que no admite valoración, por devenir prohibida, a pesar de lo cual, indirectamente la recibe, pudiendo acabar convertida en prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia y ser base o fundamento de una sentencia de condena.

3. Doctrinas discrepantes en el seno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo

En el periodo abierto por la STC 81/1998 y hasta el año 2003, en el que podría entenderse concluso, la doctrina jurisprudencial de la conexión de antijuridicidad parece haber imperado en la Jurisprudencia sin excesiva discusión. Pero, como se adelantaba, aunque inicialmente no fueron más que sentencias aisladas, en más de una ocasión, los mismos Tribunales Constitucional y Supremo pasaron por alto su aplicación sin mencionar su existencia, siquiera para rechazarla⁷³. También fueron muchas las ocasiones en las que, tras venir expuesta con detalle, se excluía su aplicación ante la presencia de un claro vínculo de conexión natural entre pruebas, que conducía a negar rotundamente la independencia, tanto natural cuanto jurídica, de la confesión prestada por el inculpado⁷⁴ que, en consecuencia, se afirmaba impregnada de la invalidez e ineficacia de la diligencia probatoria ilícita de la que trae causa.

Así, a finales del año 2002 se sucedieron distintos pronunciamientos del TS que hicieron tambalear la que hasta entonces venía siendo constante doctrina constitucional en torno a la eficacia indirecta de la prueba ilícita, en general, y la de la confesión directa o indirectamente derivada de prueba ilícita, en particular.

⁷³ Vid. STS 369/1999, de 13 de marzo.

⁷⁴ Véase, si no, lo dispuesto por la STS de 2 de diciembre de 1998.

De este modo, comienzan a cobrar fuerza ciertas tesis o doctrinas que, como reacción a lo que se entiende un exceso o desviación en la estricta o automática aplicación de la "conexión de antijuridicidad", desconocen o niegan eficacia a la confesión obtenida merced al previo hallazgo, de forma ilegítima o ilícita, de aquello que, por traslación del derecho norteamericano, se ha dado en llamar "evidencias", de marcado carácter incriminatorio.

A poco que se profundice en el contenido y fundamento de este planteamiento jurisprudencial discrepante con la doctrina tradicional, es fácil apreciar una vuelta a las tesis que sostienen la inevitable proyección de la ineficacia de la prueba obtenida mediante vulneración de derechos fundamentales a toda otra que, directa o indirectamente, proceda de ella o, si se prefiere, una vuelta al purismo en la aplicación de la "*fruit of the poisonous tree doctrine*" estadounidense que –según parece sostenerse– es la que viene consagrada en el art. 11.1 LOPJ.

Se trata, en esencia, de tesis o doctrinas que tratan de evitar la indirecta utilización de una prueba ilícita *per se*, cuya valoración resulta prohibida, desde la convicción de que esa es, precisamente, la solución que acoge el citado art. 11.1 LOPJ al referirse, para sancionar con la imposibilidad de surtir efectos, a prueba o pruebas "indirectamente" obtenidas, no en vano, conforme declara el propio TS en su paradigmática sentencia 1203/2002, de 18 de julio, "ejemplo manifiesto de utilización indirecta (...) es el empleo de cierta información o hallazgo, obtenido de forma ilegítima, para interesar del imputado explicaciones sobre su procedencia, y seguidamente fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones"⁷⁵.

Así, lejos de atender o apoyarse –al menos como único o principal argumento– en las condiciones que concurren en la declaración prestada para determinar su independencia o autonomía respecto de la prueba originariamente viciada, que evita su contaminación, esta otra tesis se construye en atención a la ilicitud tanto de la prueba así obtenida, como del empleo de sus resultados. Parte, pues, de la ilicitud de la "fuente de conocimiento" o, lo que es lo mismo, del carácter ilícito de la información que provoca la declaración del sometido a investigación en sentido autoinculpatario. Según este razonamiento, pues, la confesión llevada a cabo no puede ser más que resultado de la información o hallazgo

⁷⁵ STS 1203/2002, de 18 de julio.

ilícito previo; sin este, es impensable que hubiera tenido lugar y, siendo ello así, las preguntas que se le formulen, en la medida en que estarán basadas en el hallazgo o conocimiento logrado de forma ilegítima, no pueden sino entenderse “capciosas” o “inductoras a error” quedando vedada su utilización siquiera para la posterior práctica de nuevas diligencias de interrogatorio⁷⁶.

En definitiva, queda impedida la valoración como prueba de cargo de toda información lograda con base en ese primer conocimiento surgido de la vulneración de un derecho fundamental. Como bien señala el TS en su resolución 2/2011, de 15 de febrero, “la prohibición alcanza, tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental, como a aquellas otras que, habiéndose obtenido ilícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, directa o indirectamente, pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar y están jurídicamente contaminados”.

Claro exponente de la aplicación de esta doctrina es lo resuelto por la STS 58/2003, de 22 de enero, pionera en la trasgresión de los postulados clásicos del TC y que el TS hizo suyos en una etapa inicial, aunque cabría la cita de muchas otras más recientes que siguen su línea, en las que el alto Tribunal se detiene a considerar “el valor que cabe a atribuir a un elemento de prueba de cargo, fruto de la confesión del imputado”, cuando ésta se produce a partir de una información obtenida merced a la vulneración de derechos fundamentales del mismo. En dicha resolución, contempla el TS la posibilidad de que tales elementos de juicio lleguen a formar parte del cuadro probatorio, toda vez que la prueba o pruebas de cargo consideradas fueron las declaraciones prestadas por quienes habían sido informados de sus derechos y dotados de defensa y, por tanto –entiende el Tribunal– con autonomía y voluntad, factores que, con arreglo a la que parecía

⁷⁶ De esta opinión es, en particular, ASENCIO MELLADO, J. M^a., “La teoría de la conexión ...”, op. cit., pág. 91. Considera, en cambio, RODRÍGUEZ LAÍN que esta circunstancia –la formulación de preguntas que deban reputarse “capciosas”– no se da más que “cuando media el conocimiento, en quien interroga, de estar obrando induciendo a error al declarante”. Vid. “La confesión del imputado ...”, op. cit., pág. 58.

asentada doctrina constitucional antedicha, provocarían la “desconexión jurídica entre los dos planos de actividad probatoria considerados”⁷⁷, como al parecer entendió el Tribunal de instancia en la resolución sometida a recurso.

A pesar de ello, y he aquí el dato que interesa resaltar, afirma el alto Tribunal –o, al menos, la mayoría de los entonces miembros de la Sala 2ª– que en ese concreto asunto, poderosas razones de lógica y de Derecho impedían considerar la confesión recibida, una fuente de prueba “jurídicamente independiente” de las diligencias originariamente ilícitas y, por ende, lícita y en condiciones de ser valorada. “Toda la información relevante, incluida la que sirvió de base para la formulación de las preguntas que dieron lugar a las declaraciones autoincriminatorias” –señala el Tribunal– fue obtenida merced a la vulneración de los derechos 18.2º y 3º de la CE, de manera que “entre las interceptaciones y el registro inconstitucionales y esas manifestaciones corre un hilo conductor, no simplemente causal o natural, sino de auténtica causalidad jurídica”. Además, no escapa al Tribunal un dato de singular relevancia, cual es, que en la causa que nos ocupa, se ocultó a los interrogados la invalidez radical de los elementos de cargo, quedando así “formalmente asistidos de letrado, pero rendidos ante la evidencia física de los hallazgos” y, por tanto, “desinformados de un dato esencial para la efectividad de su derecho de defensa”.

Concluye la resolución dictada por la Sala con la expresión de una idea, profusamente reiterada en resoluciones posteriores, cual es lo poco realista que resulta pensar que, de haber sido los inculpadados conscientes de que su silencio o de que la negación del hecho de la tenencia de la droga hubiera bastado para evitar la condena, estas declaraciones hubieran sido prestadas en el sentido en que lo fueron; pero, aun en el hipotético y poco probable supuesto de que hubieran sido efectuadas, merecerían idéntica respuesta, el rechazo de la declaración como prueba de cargo válida, habida cuenta de que la aplicación del *ius puniendi*, cuando concurre una causa objetiva de ilegitimidad constitucional que la excluye de raíz, no debe quedar librada a la facultad de optar de un imputado que, eventualmente, tuviera interés de “suicidarse procesalmente hablando”⁷⁸.

⁷⁷ De “falacia” califica ANDRÉS IBÁÑEZ la idea de que la prueba sea considerada independiente. Vid. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, 2009, pág. 199 e, *in extenso*, su crítica en las págs. 181 a 205 de la obra.

⁷⁸ Algo más suavizada, esta doctrina es también acogida por la STS 160/2003, de 24 de febrero.

En opinión de quien suscribe, a la vista de las circunstancias que rodean el asunto examinado, puede afirmarse que tales declaraciones son recibidas con ignorancia de las garantías que conforman el que es o ha de reconocerse estatuto jurídico de todo imputado que, indudablemente, incluye el derecho que a este asiste a ser informado de los hechos y elementos o fuentes probatorias en las que la imputación misma se fundamenta. En supuestos como el que plantea la resolución aquí referida⁷⁹, los investigados prestaron declaración sin conocer que las diligencias a partir de las que se tuvo conocimiento de los hechos sobre los que declaraban, fueron reputadas nulas quedando excluidas del proceso, de suerte que “no contaba(n) en el momento de prestar declaración con la información suficiente para un uso consciente del derecho a no declarar contra sí mismo; y, es obvio que (...) de saber que negando simplemente la existencia de la droga decaería la posibilidad de ser condenados, se hubiera(n) decantado por esta opción (...)”⁸⁰.

Así las cosas, a los efectos de reputar prueba de cargo válida la declaración autoincriminatoria que el imputado presta, se requiere “inexcusablemente –declara el TS en la resolución antes citada– que el mismo (reconozca) los hechos imputados después de haber sido debidamente asesorado respecto de la instada nulidad radical de las pruebas que facilitaron el conocimiento de los hechos como estrategia de defensa y las consecuencias procesales que pudiera tener el éxito de dicha técnica defensiva, de suerte que, en el ámbito del llamado “saneamiento de la prueba”, la confesión alcanzaría plena validez valorativa, una vez se haya verificado el mencionado asesoramiento que permite considerar que

⁷⁹ En verdad, la STS 58/2003, de 22 de enero, acoge por vez primera cierta doctrina que, de forma un tanto artificiosa, se designa como “teoría de la licitud de la confesión informada”, según la cual, la falta de nexo o, mejor, la ruptura de la conexión (causal) entre la fuente ilícita o su ilícito resultado, y la posterior confesión, únicamente puede ser apreciada en el supuesto de que, una vez constatada, la ilegitimidad en la obtención o aprovechamiento del hallazgo y, por ende, su ilicitud o ineficacia sea puesta en conocimiento del inculpado y, a pesar de ello, esto es, siendo consciente de que esta circunstancia provoca o puede provocar la exclusión del proceso de lo que se entiende una “evidencia” ilícita, acerca de la cual no es admisible el interrogatorio, decide libremente confesar su participación en los hechos.

⁸⁰ Vid. STS 30 de marzo de 2004, en la línea de anteriores pronunciamientos, STS 58/2003 y STC 167/2002.

el acusado efectuó la confesión con plena conciencia de la ilegitimidad de la fuente original de prueba y que, a pesar de ello, voluntaria y libremente hizo las manifestaciones autoincriminatorias”⁸¹.

La misma disidencia con los postulados que informan la doctrina de la “conexión de antijuridicidad” y su rígida aplicación expresa en el voto particular formulado por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia núm. 1/2006, de 9 de enero, cuando señala que “(...) en un ordenamiento de democracia constitucional, como el nuestro, no son concebibles actuaciones institucionales limitativas de derechos fundamentales producidas sin respeto de las prescripciones constitucionales previstas al efecto, y ello, por una elemental razón de legitimidad: el Estado sólo puede intervenir legítimamente de aquel modo si, y sólo si, respeta las normas que él mismo se ha dado en la materia. Por eso, cualquier actuación del *ius puniendi* llevada a cabo al margen de esta exigencia es rigurosamente ilegítima. Tan rigurosamente ilegítima como lo proclama el inequívoco enunciado (del art. 11.1. LOPJ), que excluye el posible aprovechamiento de sus efectos, aunque sea para fines lícitos. Consecuentemente, toda información de contenido incriminatorio en cuya obtención se haya vulnerado, directa o indirectamente, un derecho fundamental, es decir, todo dato de cargo que de cualquier forma pueda tener que ver con esa vulneración, sólo puede ser procesal y penalmente legítimo”.

4. La negación del fundamento constitucional de la exclusión de la prueba ilícita penal. De garantía constitucional objetiva y autónoma a ¿mera regla de legalidad ordinaria, sometida al juicio de ponderación del juzgador en atención a los intereses en juego en el caso concreto?

Como a lo largo de estas páginas se ha podido evidenciar, merced a una reformulación de lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ, el TC logró dar forma a la compleja teoría que representa la “conexión de antijuridicidad”, convirtiendo en excepción la que el precepto consagrada como clara regla de exclusión de la prueba ilícita penal en el Derecho español. Lo hacía, siendo consciente del riesgo que entraña su aplicación, del que se hace eco al afirmar la “necesidad de manejar(la) con suma precaución”, con el fin de “evitar que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido la (referida)

⁸¹ STS 91/2011, de 18 de febrero, en su fundamento jurídico 3º.

disposición legal, que nos retrotraiga en esta materia a criterios ya superados con la aprobación de esta LOPJ de 1985⁸².

A nuestro juicio, lamentablemente, ese y no otro es el efecto que provoca la aplicación de esta doctrina, toda vez que, sirviéndose de una laxa interpretación de lo dispuesto en aquél precepto, busca justificar excepciones a la regla de exclusión probatoria o, expresado de otro modo, consigue neutralizar la irradiación de la ineficacia de la prueba originariamente ilícita a cuantas de éstas deriven⁸³.

En definitiva, el juego de ese “remedio jurisprudencial” y el de ciertas doctrinas derivadas o coincidentes en sus postulados con la primigenia “conexión de antijuridicidad”, se resuelve en la admisión al proceso y valoración en él del material probatorio obtenido, precisamente, mediante la conculcación de esos mismos derechos, con lo que ello implica de ignorancia o traición a su auténtico fundamento⁸⁴ –con arreglo al criterio sentado por el TC en el año 1984, y hasta fechas recientes– claramente enraizado con la protección a ultranza de los derechos fundamentales.

Pero, por demoledor que resultara el efecto provocado por esta oscura “creación” jurisprudencial sobre la originaria teoría de la prueba prohibida en el Derecho español, no es sino el primer paso del proceso de desmantelamiento al que ha venido sometida en las dos últimas décadas, que parece haber alcanzado su punto álgido el pasado año 2019, con ocasión de la profunda transformación a la que viene sometida por efecto de la STC 97/2019, de 16 de julio.

Antes de esa fecha, el TS abría nueva brecha a favor de la relativización de la regla que impone la exclusión de toda prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, al operar un importante giro a la que venía siendo su doctrina, en la Sentencia 116/2017, de 23 de febrero, dictada por su Sala 2ª en el conocido como “caso Falciani” de gran repercusión mediática.

⁸² Vid. SsTS de 18 de julio de 2002, y de 24 de mayo y 20 de marzo de 2010.

⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “Prueba ilícita obtenida por particulares: ausencias y discordancias en la STC, Pleno, 97/2019”. *Diario La Ley* número 9529, Sección Tribuna, 2019, p. 11.

⁸⁴ ASECIO MELLADO, J.Mª. “La STC 97/2019, de 16 de julio ...”, op. cit., págs. 3 y 9; CORDÓN MORENO, F. “La degradación de la prueba ilícita en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019”, *Gómez-Acebo & Pombo Abogados*, 2019, págs. 1 a 6.

En verdad, valiéndose de una interpretación restrictiva de lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ, por vez primera, el alto Tribunal da entrada a una suma de excepciones a esta regla de interdicción probatoria, con las que queda seriamente debilitada y a merced de nuevos criterios que ofrecen todo, menos claridad, en lo que atañe a la determinación de la validez o, contrariamente, ineficacia tanto de la prueba ilícita directa cuanto indirecta o refleja. Son excepciones cuyo juego se esfuerza en justificar, sirviéndose de razonamientos fácilmente objetables y, en ocasiones, contradictorios entre sí, carentes –a nuestro juicio– de peso suficiente, no ya “para formular una regla con pretensión de validez general (...) o para proclamar un principio dirigido a la aceptación incondicional de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y utilizadas luego en un proceso penal”, intenciones ambas que el propio Tribunal afirma no pretender, sino, incluso para justificar la necesidad de la ruptura que, sin reconocer abiertamente que lo es, hace de su propia doctrina.

Merece, sin embargo, consideración que, a pesar de la falta de coherencia y solidez que, a nuestro juicio, se aprecia en los postulados sobre los que se asienta esta nueva mutación de la tesis originaria, el TS construye su doctrina sin aparente olvido o negación de lo irreductible de esta regla, su clara raíz o fundamento constitucional, a pesar de lo cual –como bien advierte ASENCIO MELLADO⁸⁵– da forma a una doctrina poco coherente con ese que asegura respetar y acorde, en cambio, con el que la Jurisprudencia norteamericana eleva como fundamento último de esta regla o teoría, el efecto disuasorio o, en la denominación anglosajona, el “*deterrent effect*”, fundamento que, incluso invoca junto al anterior en su resolución.

Sin ánimo de entrar en detalles, interesa señalar que, no sin ciertas incoherencias y contradicciones en su fundamentación, sostiene el TS en esta singular sentencia la imposible equiparación entre la acción vulneradora de un agente estatal y la de un particular para, seguidamente, declarar que la prueba obtenida por este último violentando derechos fundamentales ha de reputarse ilícita, con lo que ello implica de falta de validez o ineficacia de sus resultados, únicamente si fue buscada con el propósito de hacerla valer en el proceso y viene incorporada a éste, en lo que supondría –según se infiere– la suplantación de una actividad exclusiva de la autoridad pública estatal. Este último –el uso o efectiva

⁸⁵ Vid. “La STC 97/2019, de 16 de julio ...”, op. cit., pág. 8.

incorporación de la fuente probatoria al proceso— parece ser el elemento determinante de cara a resolver si, a pesar de su obtención previa conculcación del derecho, la prueba lograda por un sujeto privado puede ser admitida en el proceso y sometida a valoración de cara a formar la convicción del juzgador, tesis o consideración —nótese— que difícilmente casa con el que afirma, y a nuestro juicio, constituye el real fundamento de esa regla de prohibición probatoria.

La lógica que se desprende de esta nueva doctrina lleva a conclusiones poco edificantes, toda vez que, antes que ofrecer soluciones efectivas, si no abre, es seguro que no cierra la puerta a eventuales vulneraciones de derechos o, expresado en otros términos, no disuade de la realización de actuaciones o conductas lesivas, cierto es que por parte de sujetos distintos del Estado que, aun no invitados o impulsados por éste —como si, por esa razón, la vulneración del derecho no fuera tal— resuelvan indagar en la conducta o acciones de sus iguales en busca de rédito no necesariamente procesal. En suma, la doctrina que acoge la singular STS 116/2016 recorta extraordinariamente el ámbito de protección de la garantía que representa la inadmisión de pruebas logradas vulnerando derechos fundamentales, al tiempo que hace crecer los supuestos en los que, a pesar de la conculcación del derecho fundamental, la prueba, abiertamente ilícita, no ha de venir sancionada con la ineficacia o falta de validez⁸⁶.

Recurrida en amparo, el TC confirma esta resolución del alto Tribunal y avala su doctrina, en la STC 97/2019, de 16 de julio, pronunciada por su Pleno, que aprovecha para asestar el más duro de los golpes, hasta la fecha, recibido por la regla o reglas que encierra la teoría de la prueba prohibida, tal y como venía concebida en el proceso penal español. Al parecer, con esta resolución, el TC pretendía y, de avanzar en esa línea, quizás habrá logrado el objetivo tiempo atrás perseguido de privar a la prueba ilícita de cobertura y amparo constitucional, mediante la degradación, a mera regla de legalidad ordinaria la, hasta

⁸⁶ Con independencia de la opinión que merezca, lo cierto es que la solución que adopta goza de cierto respaldo en la Jurisprudencia del TEDH —en particular, la sentada por la Secc. 5ª del TEDH en su resolución de 6 de octubre de 2016 (caso KS y MS v. Alemania; asunto 33696/11)— según la cual, bajo determinadas circunstancias, la admisión como fuente de prueba de evidencias obtenidas con transgresión de derechos fundamentales por parte de particulares, afirmando, con absoluta contundencia, que soluciones distintas a la demolidoras consecuencias de la doctrina de los frutos del árbol prohibido eran perfectamente compatibles con el derecho a un juicio justo y, en consecuencia, respetuosas con el art. 6 del CEDH.

la fecha, afirmada como regla objetiva “ínsita en el sistema de derechos fundamentales” que impone la exclusión de toda aquella prueba lograda a partir de su conculcación.

En verdad, en esta insólita resolución, el TC no ahorra esfuerzos en negar el fundamento constitucional de esa regla de interdicción probatoria, algo que no puede sino sorprender, siendo como es consideración opuesta a la que, desde que fuera así proclamada en la Sentencia 114/1984 del entonces TC, había sido el sostén de la prohibición de la prueba ilícita en el Derecho español⁸⁷. La sorpresa crece cuando se constata que, no sólo oculta bajo un llamativo silencio la ruptura con su anterior doctrina, sino que trata de blanquearla sirviéndose, precisamente, de alguna de las declaraciones contenidas en aquella significativa sentencia de 1984, distorsionadas o, en el mejor de los casos, hábilmente retocadas para lograr su ajuste a la nueva idea o consideración que pretende fundamentar, incluso, haciendo uso de una forzada interpretación de sus términos.

De este modo –como bien señala ASENCIO MELLADO– la exclusión de la prueba ilícita penal deja de ser una garantía constitucional objetiva y autónoma para quedar sometida al juicio de ponderación del juzgador, en atención a los intereses en juego en el caso concreto. Analizar, con el detalle y profundidad que, por su importancia, merece la doctrina a la que da forma la STC 97/2019, de 16 de julio, no hace del presente trabajo el marco más adecuado, baste por ello indicar que esta construcción jurisprudencial es una nueva y poderosa muestra de la indebida tendencia del TC a servirse de argumentaciones, no importa si lo suficientemente sólidas y coherentes, con las que sustentar el régimen al que, antes que el legislador y ocupando el lugar que a este corresponde, ha decidido sujetar las consecuencias derivadas de la ilicitud probatoria penal en el Ordenamiento Jurídico español; una doctrina –a nuestro juicio– carente de una sólida

⁸⁷ Llama, además, la atención que el TC ofrezca esta revolucionaria respuesta cuando, tras declarar la inexistencia de vulneración de derecho alguno y faltando, pues, el presupuesto determinante de la ineficacia probatoria objeto de su discurso, lo cierto es que no se hallaba en la necesidad de dedicar fundamento alguno al análisis de la regla de exclusión o la teoría que la acoge, ni había de ponderar su aplicación al caso que examina. Convertir la ocasión en oportunidad es la intención que parece haber guiado al TC, que aprovecha el marco en el que se encuadra el asunto, de no poca entidad, que está en la base de la sentencia objeto de recurso –recuérdese, la STS 116/2017, de 23 de febrero– para hacerse definitivamente con el mando y girar el rumbo de la doctrina jurisprudencial vertida en torno a las consecuencias derivadas de la ilicitud probatoria penal en el Ordenamiento procesal español.

y coherente fundamentación, con la que vacía de contenido lo dispuesto en el art.11.1º LOPJ⁸⁸, al convertir en excepción la ineficacia de la prueba ilícita o prohibida que el precepto, con meridiana claridad, sienta como regla.

Si, como es de esperar –al menos, hasta tanto el legislador procesal rompa el silencio que lleva años, y con claro exceso, manteniendo– ha de ser la Jurisprudencia responsable de la interpretación de la regla que, se quiera o no, prohíbe en el Derecho español valorar toda prueba lograda de forma ilegítima, y al llevar a cabo esta interpretación sigue sucumbiendo ante el que, veladamente, constituye el motivo que empuja a su recorte, el más que loable propósito de “evitar situaciones concretas de impunidad” ante conductas delictivas singularmente graves, la impresión expresada al inicio de este estudio acerca del difícil presente y futuro incierto que espera en el Ordenamiento español a esta regla de extraordinaria incidencia en materia probatoria, se ve claramente confirmada.

Es más, calificar simplemente de duro o difícil el *status quo* actual, sin añadir que tanto éste como el futuro que le espera resulta, además, preocupante, sería pecar de bondadosos en la valoración que merece y de optimista en el pronóstico, a la vista de la práctica destrucción que provoca una doctrina como la que acoge la STC 97/2019, cuyos efectos, no parece que hayan sido ponderados debidamente. En particular, no ha reparado el TC en que, como coste, su aplicación abre un peligroso e incierto escenario de incidencia, no sólo en el régimen probatorio vigente⁸⁹, sino sobre el que, hasta la fecha, venía siendo férreo sistema de protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, también en el marco del proceso que consagra el art. 24 CE en el que, como es bien sabido, no puede tener cabida la búsqueda y obtención de la verdad “a cualquier precio”⁹⁰.

La inaplicación de lo dispuesto por el art. 11.1 LOPJ, sea abiertamente, sea a través de sutiles fórmulas, aun para consecución de tan altos y lícitos fines, “otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones que

⁸⁸ CORDÓN MORENO, F. “La degradación de la prueba ilícita...”, op. cit., pág. 5.

⁸⁹ GASCÓN ABELLÁN, M. “El cuestionable debilitamiento...”, op. cit., pág. 77.

⁹⁰ ASECIO MELLADO, J. M. “La STC 97/2019, de 16 de julio...”, op. cit., pág. 16.

no sólo no lo merecen, sino que equivale a estimular su reiteración⁹¹ y a difundir, vía jurisprudencial, un mensaje demoledor: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales⁹².

En definitiva, conduce a la desprotección de estos últimos en el que acaba por ser el marco más proclive a su vulneración⁹³, el de la prueba, necesitado de una profunda y global reforma, la misma que precisa, en conjunto y con urgencia, el enjuiciamiento criminal español⁹⁴.

⁹¹ Temor expresado, entre otros, por GARCÍA MORENO, “La Lista Falciani y la posibilidad de utilizar la prueba ilícitamente obtenida. El Tribunal Constitucional ha dicho la última palabra”, en *Carta Tributaria*, nº 56, 2019, pág. 8.

⁹² Son manifestaciones contenidas en la STS 58/2003, de 22 de enero –de la que fue ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez– que fundamentan el rechazo que contiene su fallo mayoritario –no así, el voto particular que lo acompaña– a los postulados sobre los que se asienta la “conexión de antijuridicidad” que, permítasenos la licencia de traer a estas líneas, en la convicción de que sirven para, con la misma fuerza, fundamentar la crítica que, a nuestro juicio, merece la construcción jurisprudencial contenida en la STC 97/2019, de 16 de julio, objeto de breve comentario en estas páginas.

⁹³ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto “Realidades y retos de la Justicia en la sociedad del riesgo. Una perspectiva procesal del Derecho de daños” (DER2017-87516-P).

⁹⁴ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto “Empresa y delito. Cooperación e investigación (PROCOPIN)” concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (ref.: PID2020-119878GB-I00), del que son investigadores principales ASENCIO MELLADO y LÓPEZ YAGÜES.

LAS VÍCTIMAS NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO: MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Ana Isabel Luaces Gutiérrez
Profesora Titular de Derecho Procesal
(Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. 1. Derecho de la víctima a entender y ser entendida. 2. Derecho de la víctima a obtener información. 3. Derecho a recibir información sobre la causa penal. 4. Derecho a la interpretación y traducción. 5. Derechos de participación en el proceso. 6. Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo (art. 10). 7. Derecho a la protección de la intimidad y la propia imagen (art. 22). III. LAS VÍCTIMAS PROTEGIDAS. 1. Concepto legal de víctima. 2. Víctimas necesitadas de especial protección: Modificaciones introducidas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

I. INTRODUCCIÓN

El Estatuto de la Víctima del Delito¹, viene a reforzar los derechos y garantías procesales de todas las víctimas. La finalidad perseguida con la norma, ha sido la de elaborar una ley constitutiva del *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, que permita ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más extensa posible, desde una vertiente tanto jurídica como social, a las víctimas del delito, que no sea solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también

¹ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

que aminore otros efectos traumáticos en la esfera personal y moral que su condición pueda generar, todo ello, con independencia de su situación procesal².

Por ello, el Estatuto, en consonancia con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad. De este modo, se aúna en un solo texto legal, el catálogo de derechos de la víctima, de un lado, transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo una secular demanda de la sociedad española.

Como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley, los antecedentes y fundamentos remotos del presente Estatuto de la Víctima del Delito, se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal³, que establece los derechos mínimos que pueden ejercer las víctimas de delitos en relación con los procesos penales y que contiene disposiciones por las que se garantiza a las víctimas el derecho a ser oídas, la oportunidad de participar en los procesos (incluso si el delito se cometió en otro Estado miembro), así como su protección, indemnización y acceso a la mediación y a cualquier otra información relevante. Asimismo, esta Decisión Marco establece la asistencia a las víctimas en los diferentes momentos procesales, incluyendo la etapa preprocesal con la finalidad de garantizar la dignidad de las víctimas.

Pese a su relevancia y trascendencia en el reconocimiento de los Derechos de las víctimas, esta Decisión Marco fue sustituida en un breve espacio de tiempo, por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012⁴, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos,

² Resulta interesante consultar: Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, de fecha 14 de noviembre de 2013; Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, de fecha 31 de enero de 2014; Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, emitido por el Consejo de Estado, de fecha 29 de mayo de 2014.

³ DOCE, de 22 de marzo de 2001, nº L 82.

⁴ DOCE, de 14 de noviembre de 2012, nº L 315. El horizonte temporal marcado por la Directiva se extiende hasta el 16 de noviembre de 2016, si bien el Estatuto entró en vigor el 28 de octubre del presente año.

el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, con el propósito de dar una mejor respuesta a las necesidades de las víctimas⁵.

La norma nace con vocación de ser un catálogo de derechos procesales y extraprocesales de la víctima, tanto directa como indirecta, con especial interés en las víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. En este sentido, a este tipo de víctimas, se pretende otorgarles una protección especial mediante la transposición de otras dos Directivas recientes, a saber, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁶, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo⁷.

Para hacer efectivo lo anterior, es necesaria una gran colaboración institucional, que implica no sólo a las distintas Administraciones Públicas, al Poder Judicial y a colectivos de víctimas, sino también a las personas concretas que, desde su puesto de trabajo, tienen contacto y se relacionan con las víctimas y, en último término, el conjunto de la sociedad. Por ello, es imprescindible dotar a las instituciones de protocolos de actuación y de procedimientos de coordinación y colaboración, así como también el fomento de Oficinas especializadas, una formación técnica, inicial y continuada del personal dirigida principalmente a la sensibilización que el trato a la víctima comporta, sin olvidar la participación de asociaciones y colectivos de víctimas⁸.

⁵ Vid. PÉREZ RIVAS, N. "Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE", *Boletín CeDe UsC*, febrero, 2014, pág. 10. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal", *Diario La Ley*, Nº. 8351, 10 de julio de 2014, págs. 5 a 8.

⁶ DOCE, de 28 de enero de 2012, nº L 26.

⁷ DOUE núm. 101, de 15 de abril de 2011.

⁸ Vid. MAGRO SERVET, V., "Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género", *Diario La Ley*, Nº. 8638, de 4 de noviembre de 2015, pág. 5.

II. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

La norma reconoce una serie de derechos que son comunes a todas las víctimas, con independencia de que sean parte o no en el proceso penal, incluso con anterioridad a la iniciación de dicho proceso (Título I).

Se regula el derecho a obtener información de toda autoridad o funcionario al que se acuda, en un lenguaje sencillo y accesible, desde el primer contacto. Se regula específicamente el derecho de la víctima como denunciante y, en particular, su derecho a obtener una copia de la denuncia, debidamente certificada, asistencia lingüística gratuita a la víctima que desee interponer denuncia y traducción gratuita de la copia de la denuncia presentada.

Asimismo, con independencia de personarse en el proceso penal, se reconoce el derecho de la víctima a recibir información sobre determinados hitos de la causa penal.

También se desarrolla, de acuerdo con la normativa europea, el derecho a la traducción e interpretación⁹, tanto en las entrevistas, incluidas las policiales, como en la participación activa en las vistas, incluyendo el derecho a la traducción escrita y gratuita de la información esencial, en particular la decisión de poner término a la causa y la designación del lugar y día del juicio.

En este reconocimiento de derechos, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, introduce dos modificaciones en el apartado 1 del artículo 3, una de ellas, es añadiendo el término *reparación* dentro de la enumeración de derechos que efectúa el precepto, y otra, es añadiendo la expresión *en su caso*, cuando hace referencia al derecho a la justicia restaurativa, quedando redactado el mismo de la siguiente manera:

⁹ En este aspecto hay que tener en cuenta la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 2 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (BOE del 28), que modifica la LECrim en su artículo 1 en temas de interpretación y traducción en los procesos penales. Asimismo, deben considerarse el artículo 3, que modifica la LOPJ en cuanto a la habilitación como intérprete, y la Disposición Adicional Única, que regula el Registro Oficial de Traductores e Intérpretes Judiciales, de esta Ley Orgánica.

“1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y reparación, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y, en su caso, de justicia restaurativa a lo largo de todo el proceso penal y por un periodo de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.

1. Derecho de la víctima a entender y ser entendida

Toda víctima tiene el derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición de una denuncia (artículo 4 Estatuto)¹⁰.

A tal fin, todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad. Si la víctima fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o a la persona que le asista.

Se facilitará a la víctima, desde su primer contacto con las autoridades o con las *Oficinas de Asistencia a las Víctimas*, la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante ellas, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidos legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

La víctima podrá estar acompañada de una persona de su elección en el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

El derecho a entender y ser entendida puede considerarse como una manifestación del derecho a la información que tiene la víctima, consistente en poder comunicarse con las autoridades judiciales, fiscales y policiales, una vez iniciado

¹⁰ Este precepto es transposición del art. 3 de la Directiva 2012/29/UE.

el proceso, para lo que habrá recibido información desde el primer contacto con dichas autoridades.

La comunicación entre la víctima y las autoridades, tiene lugar con ocasión de cualquier actuación procesal que se realice desde la interposición de la denuncia hasta el final del proceso¹¹.

Este derecho consiste en que la víctima recibe comunicaciones de forma oral o escrita por parte de las autoridades que intervienen en el proceso, y también por parte de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas¹², expresando en ellas mediante un lenguaje claro y sencillo, o mediante el lenguaje de signos o de apoyo a personas que lo necesiten, el contenido referente al acto, comunicación que se extiende incluso a su representante legal o a la persona que le asista¹³ si se trata de un menor de edad o persona con capacidad judicialmente modificada.

2. Derecho de la víctima a obtener información

Conforme al apartado 1 del artículo 5 del Estatuto:

“Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos¹⁴:

El Anteproyecto modifica este apartado 1, sustituyendo la expresión *sin retrasos innecesarios* por la de *manera inmediata*.

¹¹ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, op. cit., pág. 340.

¹² Estas Oficinas se regulan en el Título IV, Capítulo I, artículos 27 a 29.

¹³ El Estatuto establece el derecho de la víctima, en aras de facilitar que se encuentre arropada desde el punto de vista personal, que la misma pueda estar acompañada por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de su abogado cuando proceda, en sus diligencias y en el trato con las autoridades. Véase, el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, emitido por el Consejo de Estado, op. cit., pág. 8, donde se manifiesta contrario a esta persona que asiste a la víctima, pues considera que esa función la puede cumplir perfectamente el abogado.

¹⁴ Este precepto es transcripción del artículo 4 de la Directiva 2012/29/UE.

a) Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales, así como el procedimiento para obtenerlas. Dentro de estas últimas se incluirá, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo.

b) Derecho a denunciar y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia y derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación.

c) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica, y cuando proceda, las condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente¹⁵.

d) Posibilidad de solicitar medidas de protección, así como el procedimiento para hacerlo.

e) Indemnizaciones a las que pueda tener derecho y, en su caso, el procedimiento para reclamarlas.

f) Servicios de interpretación y traducción.

g) Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles.

h) Medidas de efectividad de sus intereses si residen en distinto país de la Unión Europea.

i) Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos.

¹⁵ El artículo 16 del Estatuto reconoce el derecho de la víctima a la Justicia Gratuita, en los siguientes términos: "Las víctimas podrán presentar sus solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el funcionario o autoridad que les facilite la información a la que se refiere la letra c) del artículo 5.1, que la trasladará, junto con la documentación aportada, al Colegio de Abogados correspondiente.

La solicitud también podrá ser presentada ante las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de la Administración de Justicia, que la remitirán al Colegio de Abogados que corresponda".

Debe tenerse en cuenta, que está pendiente de aprobación parlamentaria una nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

j) Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y cauces para comunicarse con ella.

k) Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos que proceda legalmente.

l) Reembolso de los gastos judiciales, en los supuestos en que se puedan obtener, así como el procedimiento para reclamarlo.

m) Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7, relativo al Derecho a recibir información en la causa penal. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad”.

El Anteproyecto modifica la letra m) que queda redactada de la siguiente manera:

“m) Derecho a ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad”.

Es evidente, que el derecho a la información¹⁶ es, desde luego en los momentos iniciales tras la comisión del hecho delictivo y surgimiento del *status* de víctima para una persona, el más importante.

3. Derecho a recibir información sobre la causa penal

El Estatuto de la Víctima, además de recoger el derecho de las víctimas a obtener orientación e información sobre los derechos que les asisten, regula expresamente en el artículo 7 el derecho a recibir información sobre la causa penal.

¹⁶ Para un adecuado cumplimiento de este derecho a la información, la Ley garantiza en su artículo 30, una formación especial de todas las autoridades que tienen que relacionarse con la víctima. El Consejo General del Poder Judicial propuso que la información se diera por expertos, pero esta propuesta no fue aceptada, véase, el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito*, op. cit., pág. 25.

El Anteproyecto, da una nueva redacción a la apartado 1 del art. 7, que queda redactado del siguiente modo:

“1. Toda víctima será informada de manera inmediata de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones:

- a) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal.*
- b) La sentencia que ponga fin al procedimiento.*
- c) Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo.*
- d) Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.*
- e) Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos, la Administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada.*
- f) Las resoluciones a que se refiere el art. 13. Estas comunicaciones incluirán, al menos, la parte dispositiva de la resolución y un breve resumen del fundamento de la misma, y serán remitidas a su dirección de correo electrónico. Excepcionalmente, si la víctima no dispusiera de una dirección de correo electrónico, se remitirán por correo ordinario a la dirección que hubiera facilitado. En el caso de ciudadanos residentes fuera de la Unión Europea, si no se dispusiera de una dirección de correo electrónico o postal en la que realizar la comunicación, se remitirá a la oficina diplomática o consular española en el país de residencia para que la publique. Si la víctima se hubiera personado formalmente en el procedimiento, las resoluciones serán notificadas a su procurador y serán comunicadas a la víctima en la dirección de correo electrónico que haya facilitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente”.*

En todo caso, a la víctima le asiste el derecho a no recibir toda esta información suplementaria o adicional –salvo que su envío sea obligatorio en el marco del proceso penal–, cubriéndose así la llamada *dimensión negativa* del derecho en cuestión¹⁷. La víctima podrá, no obstante, modificar, en todo momento, su opinión en cuanto a ser o no ser informada.

Cuando se trate de víctimas de delitos de violencia de género, establecía el Estatuto que les serán notificadas las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d) del apartado 1, sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones.

El Anteproyecto modifica el apartado 3 del art. 7 en este aspecto, dando al mismo la siguiente redacción:

“Cuando se trate de víctimas de delitos de violencia de género o de delitos contra la libertad sexual, les serán notificadas las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d) del apartado 1, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones”.

Asimismo, se le facilitará información relativa a la situación en que se encuentre el procedimiento, salvo que ello pudiera perjudicar el correcto desarrollo de la causa.

Ahora bien, el problema de cumplimiento del contenido recogido en el artículo 5 del Estatuto, puede originarse en su aplicación práctica, pues la actual saturación de los Juzgados de Instrucción, puede afectar al efectivo cumplimiento de la obligación periódica de información a la Oficina Judicial¹⁸, que además debe actualizarse en cada fase del proceso, salvo que la información sea escrita, que automáticamente se mandará al correo electrónico de la víctima por una base de datos, adecuadamente elaborada¹⁹.

¹⁷ PÉREZ RIVAS, N. “Los derechos de las víctimas en la UE”, *op. cit.*, pág. 6.

¹⁸ Aunque no se diga, parece que es el órgano competente para ello.

¹⁹ Véase también, en el ámbito del proceso civil, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo relativo a las tecnologías de la información y la comunicación.

4. Derecho a la interpretación y traducción

Otra cuestión que se debe abordar, es la de la traducción e interpretación, que se recoge en el artículo 9 del Estatuto, en los siguientes términos:

Toda víctima que no hable o no entienda el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actuación de que se trate tendrá derecho:

a) A ser asistida gratuitamente por un intérprete que hable una lengua que comprenda cuando se le reciba declaración en la fase de investigación por el Juez, el Fiscal o funcionarios de policía, o cuando intervenga como testigo en el juicio o en cualquier otra vista oral.

Este derecho será también aplicable a las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral.

b) A la traducción gratuita de las resoluciones a las que se refiere el apartado I del artículo 7 y el artículo 12. La traducción incluirá un breve resumen del fundamento de la resolución adoptada, cuando la víctima así lo haya solicitado.

c) A la traducción gratuita de aquella información que resulte esencial para el ejercicio de los derechos a que se refiere el Título II. Las víctimas podrán presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento.

d) A ser informada, en una lengua que comprenda, de la fecha, hora y lugar de celebración del juicio.

La asistencia del intérprete se podrá prestar por medio de videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación, salvo que el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia del interesado o de su defensa, acuerde la presencia física del intérprete para salvaguardar los derechos de la víctima.

Excepcionalmente, la traducción escrita de documentos podrá ser sustituida por un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda, cuando de este modo también se garantice suficientemente la equidad del proceso.

Cuando se trate de actuaciones policiales, la decisión de no facilitar interpretación o traducción a la víctima podrá ser recurrida ante el Juez de instrucción.

Este recurso se entenderá interpuesto cuando la persona afectada por la decisión hubiera expresado su disconformidad en el momento de la denegación. La decisión judicial de no facilitar interpretación o traducción a la víctima podrá ser recurrida en apelación.

Es evidente, que si la víctima no habla ni entiende la lengua oficial (castellano y, en su caso, lengua autonómica cooficial), poca información podrá recibir y difícilmente podrá ejercer sus derechos correctamente, lo que generaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho se extiende también, a quienes hablan o comprenden el castellano o lengua autonómica en su caso, pero tienen dificultades y limitaciones auditivas o de expresión oral, para que queden cubiertos los sordos, mudos y ciegos, así como las personas con discapacidad que tengan afectados estos sentidos.

Este servicio se presta a una persona estrictamente por ser víctima de un delito. No importa que sea o no parte en el proceso. No importa tampoco ante qué autoridad (Policía, Juez o Fiscalía) declara o de que autoridad recibe la información, lo que incluye a los servicios de asistencia y apoyo.

El derecho se refiere a un intérprete gratuito (cuando tenga que declarar o el acto sea oral y necesite escuchar o participar) y a traducción gratuita (cuando deba recibir determinados escritos o tenga que presentarlos), permitiendo la ley en este último caso, que no se traduzca el escrito y el mismo sea sustituido por un resumen oral de su contenido.

La negación de este derecho por la Policía o por el Juez es recurrible, pero nada se dice si la denegación procede de la Fiscalía, aunque parece que debería ser equivalente a cuando lo deniega la Policía²⁰.

La Ley regula este derecho con una considerable extensión, como puede extraerse de la simple lectura del precepto, pero una extensión tan amplia de este derecho debe llevar aparejada una importante dotación económica, cuestión está que es de difícil cumplimiento, pues la ley se autoimpone un coste de aplicación cero (Disposición Adicional Segunda).

²⁰ Vid. GOMEZ COLOMER, J. L., *El Estatuto Jurídico de la Víctima*, op. cit., pág. 350.

5. Derechos de participación en el proceso

También se sistematizan los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso penal, como algo independiente de las medidas de protección de la víctima en el proceso (Título II).

Se reconoce a la víctima el derecho a participar en el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, y se refuerza la efectividad material del mismo a través de diversas medidas, tales como, la presentación de solicitudes de justicia gratuita ante la autoridad o funcionario encargado de informarle de sus derechos, la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo y el reconocimiento del derecho a impugnarlas, a obtener la devolución inmediata de los efectos de su propiedad, a obtener el pago de las costas que se le hubieran causado, y a ser indemnizado por los gastos ocasionados en la causa.

Conviene resaltar, la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, y los cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de la condena de dichos delitos²¹, cuestión regulada en el artículo 13 del Estatuto.

6. Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo (art. 10)

También aparece en el Estatuto una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa²². La actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda generar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

²¹ Sobre este tema, vid., más extensamente, RENART GARCÍA, F., "Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena", *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 17-14, 2015, págs. 1 a 68.

²² Vid. BLANCO GARCÍA, A. I. "Estatuto de la víctima del delito. Trascendencia de una Ley", *IDIBE*, 21 de julio de 2015, págs. 1 a 13.

En este aspecto, el Anteproyecto modifica el artículo 10 del Estatuto, quedando redactado como sigue:

“Artículo 10. Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

Toda víctima tiene derecho a acceder, de forma gratuita y confidencial, en los términos que reglamentariamente se determine, a los servicios de asistencia y apoyo facilitados por las Administraciones públicas, así como a los que presten las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Este derecho podrá extenderse a los familiares de la víctima, en los términos que asimismo se establezcan reglamentariamente, cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad.

Las autoridades o funcionarios que entren en contacto con las víctimas deberán derivarlas a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas cuando resulte necesario en atención a la gravedad del delito o en aquellos casos en los que la víctima lo solicite.

Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia sexual o de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley”.

7. Derecho a la protección de la intimidad y la propia imagen (art. 22)

Respecto a este derecho, el anteproyecto introduce una modificación en el artículo 22 del Estatuto, dando al mismo la siguiente redacción:

“Artículo 22. Derecho a la protección de la intimidad y la propia imagen.

Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad y la propia imagen de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad, de víctimas con diversidad funcional necesitadas de especial protección y de víctimas de delitos contra la libertad sexual”.

III. LAS VÍCTIMAS PROTEGIDAS

Según el artículo 1 del Estatuto, las víctimas protegidas por esta Ley son las personas físicas víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España²³. No importa ni su edad ni su nacionalidad. Tampoco importa si disfrutaban o no de residencia legal en nuestro país.

El delito al que alude el precepto no es sólo el que se comete en España, también el que pueda ser perseguido en nuestro país, lo que genera que el ámbito de aplicación de la Ley sea muy extenso²⁴. A la vista de lo anteriormente expuesto, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 del Estatuto, respecto a las víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la Unión Europea, pues es posible que sean perseguidos en España si, aun cometiéndose el delito en el extranjero, la víctima no española tiene residencia legal en España y denuncia en España el delito. El mismo precepto en su párrafo segundo, prevé la posibilidad de que España deniegue la protección en el caso anterior, en cuyo caso la autoridad española remitirá las actuaciones a la autoridad del país en que se hubiera producido el delito, y se lo comunicará al denunciante a la dirección que haya señalado²⁵.

1. Concepto legal de víctima

El concepto legal de víctima aparece recogido en el artículo 2 del Estatuto, en los siguientes términos:

²³ Es una regulación novedosa en España, puesto que la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo, no dispone nada al respecto.

²⁴ Lo que fue objeto de severas críticas en el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, op. cit., pág. 5, que proponía ceñirse a “procesos seguidos en España”.

²⁵ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, op. cit., pág. 284, al señalar, “que no se indica ninguna causa que pueda implicar no dar curso a la investigación, lo cual hace que dependa de una decisión discrecional de la Policía, lo que no es admisible atendido el criterio de máxima protección que pretende el Estatuto de la Víctima sin distinción de nacionalidades. Mejor habría sido obligar a la Policía a aceptar la denuncia en todo caso y, sin más trámite, cursarla a la Policía del lugar extranjero en que se hubiera cometido el hecho punible con notificación al denunciante”.

Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima

Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratara de los responsables de los hechos:

1. A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos, a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

2. En el caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

Como puede observarse, se establece un doble concepto de víctima, la víctima directa y la víctima indirecta²⁶:

²⁶ En este sentido, la Ley sigue el criterio establecido en la Directiva 2012/29/UE.

a) Víctima directa es toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio directamente causado por un delito²⁷. Se trata de un concepto jurídico amplio de víctima, que engloba tanto al sujeto pasivo del delito como al perjudicado, coincida o no con aquél²⁸.

b) Víctima indirecta es el familiar o pariente en caso de fallecimiento o desaparición de una persona como consecuencia del delito, salvo que sea el autor mismo²⁹.

El Estatuto otorga el reconocimiento de víctima indirecta a los hijos de la víctima fallecida, lo que puede resultar insuficiente en determinados casos. Así, en el ámbito concreto de la violencia de género, debería haberse incluido a los menores³⁰ en la denominación de víctimas directas, pues lo son así más que víctimas indirectas³¹.

2. Víctimas necesitadas de especial protección: Modificaciones introducidas por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual

El art. 22 de la Directiva 2012/29/UE establece una “evaluación especial de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección”, instando a los Estados miembros para que velen por la realización de una evaluación puntual

²⁷ Véase, la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que ha suprimido las faltas.

²⁸ Así, PÉREZ RIVAS, N. “Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE”, *Boletín CeDe UsC*, febrero, 2014, pág. 3.

²⁹ Parece positiva la introducción del concepto de víctima indirecta, porque se permite a estas personas estrechamente vinculadas a la víctima fallecida o desaparecida, el poder beneficiarse de los derechos reconocidos en la Ley.

³⁰ Véase, el artículo 12, apartado 3, de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que establece que: “cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación”.

³¹ Vid. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito*, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial op. cit., págs., 20 a 22, que proponía esta inclusión con fundamento en la tendencia internacional al respecto.

e individual de la víctima a fin de dispensarles una especial protección en el proceso penal evitando la victimización secundaria, la intimidación o las represalias.

Esta especial evaluación tomará en cuenta en efecto las características personales de la víctima, el tipo o naturaleza del delito, y las circunstancias del hecho, en concreto, delitos de especial gravedad, delitos motivados por prejuicios o discriminación relacionada con las características personales de la víctima, de víctimas con relación de dependencia con el infractor, y más en particular, todas las víctimas de los delitos de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia de género, explotación sexual, y delitos de odio y discriminación. La Directiva hace además especial hincapié en las víctimas con discapacidad y en los menores de edad³².

En cumplimiento de las disposiciones de la Directiva 2012/29/UE, el Estatuto además de las medidas de protección que se podrán adoptar, con carácter general, para cualquier víctima, ha previsto en el art. 23 un *procedimiento de evaluación individual de las víctimas* cuya finalidad consiste en determinar, tras una valoración de sus circunstancias particulares, si se aprecian necesidades especiales de protección, para de este modo determinar qué medidas de protección, reguladas en los artículos siguientes, deben ser adoptadas para evitar a la víctima perjuicios relevantes que, de otro modo, pudieran derivar del proceso.

Esta valoración tendrá especialmente en consideración: las características personales de la víctima, la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito, y las circunstancias del delito.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, da una nueva redacción al apartado 2, letra a) del artículo 23 y añade al término características personales de la víctima, también el de "circunstancias".

(1) Las *características y circunstancias (añadido por el Anteproyecto) personales de la víctima* y en particular:

³² REQUEJO CONDE, C. "Víctimas especialmente vulnerables. Tratamiento penal", en *La Protección de la Víctima en la nueva Directiva de la UE y su Estatuto Procesal*, Sevilla, 2013, pág. 1.

1º. Si se trata de una persona con discapacidad o si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito.

2º. Si se trata de víctimas menores de edad o de víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurren factores de especial vulnerabilidad.

Entre estas situaciones, el Estatuto de la Víctima del Delito destaca la especial vulnerabilidad por razón de edad (menores), y la especial vulnerabilidad por razón de discapacidad.

A lo largo del proceso penal, la adopción de medidas de protección para víctimas menores de edad tendrá en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez, y respetará plenamente su integridad física, mental y moral.

El Estatuto de la Víctima establecía en el apartado 4 del artículo 23, que en el caso de menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual, se aplicarán en todo caso las medidas expresadas en las letras a), b) y c) del artículo 25.1.

El Anteproyecto da una nueva redacción a este precepto, estableciendo una referencia genérica a las víctimas de este tipo de delitos y no circunscribiéndolo solo a los menores de edad, quedando redactado de la siguiente manera "En el caso de víctimas de algún delito contra la libertad sexual se aplicarán en todo caso las medidas expresadas en las letras a), b), c) y d) del artículo 25.1.

El colectivo de personas con discapacidad presenta una situación de máxima vulnerabilidad, no sólo en su vida cotidiana al tener que enfrentarse a barreras físicas, culturales y sociales, donde la representación colectiva de la discapacidad continúa considerando a este colectivo en una relación de inferioridad respecto de un hipotético estándar de normalidad, sino también como víctima potencial de diversas conductas delictivas. Por ello, del mismo modo que los poderes públicos deben implementar medidas de discriminación positiva que eliminen o reduzcan esas barreras que les impiden o dificultan su participación en la vida pública, las personas con discapacidad deben, en primer lugar, ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad, ya que esta situación de *vulnerabilidad* determina la facilidad con que alguien puede ser

atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, constituyendo una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor; y en segundo lugar, deben recibir el máximo apoyo y protección por parte de las instituciones públicas cuando han sido víctimas de un delito³³.

(2) La *naturaleza del delito* y la *gravedad de los perjuicios causados a la víctima*, así como el *riesgo de reiteración del delito*. A estos efectos, se valorarán especialmente las necesidades de protección de las víctimas de los siguientes delitos:

1º. Delitos de terrorismo.

2º. Delitos cometidos por una organización criminal.

3º. Delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o convivientes.

Las *mujeres víctimas de Violencia de Género*, es otro de los grupos o colectivos de víctimas especialmente vulnerables que requieren medidas especiales de protección, debiendo en este caso, completar las disposiciones del Estatuto con las medidas reguladas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG).

Así, la LOMPIVG se refiere al derecho a la información por parte de la víctima, como uno de los derechos que tiene como mujer maltratada. El mismo comprende el derecho a recibir una información detallada sobre su situación, sobre las consecuencias que lleva implícitas el denunciar al agresor, sobre el alcance del artículo 416 LECrim³⁴, sobre todos los derechos y obligaciones que puede

³³ Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., "La protección penal de las personas con discapacidad. Una aproximación a los delitos de discriminación en el Código Penal Español", en A. I. Luaces Gutiérrez (Dir.), *Retos y desafíos en materia de discapacidad: Una visión multidisciplinar*, INAP, 2015, pág. 92.

³⁴ Art. 416 LECrim, a cuyo tenor, Están dispensados de la obligación de declarar: "*Los parientes del procesado en líneas directa, ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del art. 261*".

tener ante la Administración a partir de ese momento, y sobre los servicios que tiene a su disposición.

En concreto, las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información de las medidas específicas contempladas en la LOMPIVG para su protección y seguridad, así como el asesoramiento adecuado a su situación personal a través de los servicios, organismos u oficinas, que a tales efectos hayan establecido las distintas Administraciones Públicas³⁵.

De este modo, se articularán los medios necesarios para que las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho (arts. 18.3 y 32.4 LOMPIVG)³⁶.

4º. Delitos contra la libertad o indemnidad sexual.

5º. Delitos de trata de seres humanos.

6º. Delitos de desaparición forzosa.

7º. Delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

(3) Las *circunstancias del delito*, en particular si se trata de delitos violentos.

³⁵ Más extensamente, LUACES GUTIÉRREZ, A. I. “La mujer inmigrante víctima de violencia de género: especial referencia al derecho a la información, a la protección social integral y a la asistencia jurídica gratuita”, en R. Castillejo Manzanares (Dir.), *Violencia de género y justicia*, USC, 2013, págs. 155 a 172.

³⁶ El art. 32.4 LOMPIVG establece al respecto, aunque de una forma bastante imprecisa lo siguiente: “En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad”.

En el Estatuto de la Víctima del Delito se presta una especial atención a las víctimas con necesidades especiales de protección en atención a sus características personales, al tipo o naturaleza del delito sufrido y a las circunstancias de su comisión.

En ese caso, y si ellas lo desean, se podrán adoptar las siguientes medidas de carácter general durante la *investigación penal*: la toma de declaración de la víctima se efectuará en las dependencias habilitadas a tal fin y por profesionales con formación adecuada a tal efecto; todas las tomas de declaración a la víctima serán realizadas por las mismas personas a menos que sea contrario a la buena administración de la justicia, siendo efectuadas, en caso de víctimas de violencia sexual, violencia de género o violencia en el marco de las relaciones personales, por una persona del mismo sexo que la víctima –salvo que se trate de un juez o fiscal– siempre que la víctima así lo desee y ello no vaya en detrimento del desarrollo del proceso (art. 25 Estatuto de la Víctima del Delito).

El Anteproyecto introduce algunas modificaciones, con respecto a las medidas genéricas anteriormente expuestas, y así respecto a la de *fase de investigación* modifica las letras b) y d) del art. 25, quedando redactado de la siguiente manera:

“b) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, así como en género o con su ayuda”.

“d) Que la toma de declaración, así como la asistencia de intérprete a la que e refiere el artículo 9.1, cuando se trate de algunas de las víctimas a las que se refieren los números 3º y 4º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las víctimas con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal”.

Por lo que respecta a su intervención en la *fase de enjuiciamiento* estas medidas especiales de protección podrán consistir en las siguientes: evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluso durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación; evitar que se formulen preguntas innecesarias en relación con la vida privada

de la víctima sin relación con la infracción penal; y, la posibilidad de celebrar la audiencia a puerta cerrada³⁷.

El Anteproyecto modifica la letra c) del apartado 2 del artículo 25, relativas a las preguntas sobre la vida privada que pueden hacerse a la víctima, dándole la redacción que se expone a continuación:

“c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado”.

Se suprime la referencia que se hacía en el Estatuto a la potestad del Juez o Tribunal, para que excepcionalmente, considere que deben contestarse esas preguntas, pues las mismas son necesarias para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.

También se produce una modificación en el artículo 26 del EVD, que contiene medidas concretas para las víctimas especialmente vulnerables, quedando redactado el precepto de la siguiente manera:

“Artículo 26. Medidas de protección para menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de delitos contra la libertad sexual.

1. En el caso de las víctimas menores de edad, víctimas con diversidad funcional necesitadas de especial protección, y víctimas de delitos contra la libertad sexual, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁷ Vid. PÉREZ RIVAS, N. “Los derechos de las víctimas en la UE”, op. cit., pág. 8.

b) La declaración podrá recibirse por medio de personas expertas”.

Finalmente, en lo que a las modificaciones introducidas por el Anteproyecto se refiere, se da una nueva redacción al artículo 34 del Estatuto, que queda redactado como se expone a continuación:

“Artículo 34. Sensibilización.

Los poderes públicos fomentarán campañas de sensibilización social en favor de las víctimas, así como la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la imagen, la dignidad y los demás derechos de las víctimas. Estos derechos deberán ser respetados por los medios de comunicación social”.

JUSTICIA *VERSUS* CORRUPCIÓN: LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN HONDURAS Y LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2019¹

Christa M.^a Madrid Boquín
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
(Universidad Jaume I de Castellón)*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CREACIÓN Y COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL ANTICORRUPCIÓN. III. EL NUEVO CÓDIGO PENAL Y LA CORRUPCIÓN EMPRESARIAL. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La República de Honduras, ombligo del continente americano, a pesar de la riqueza de sus recursos naturales y de la calidez de su gente, se ha hecho notar en el panorama internacional por las dificultades que ha enfrentado durante los últimos, particularmente en temas de migración, narcotráfico, corrupción e impunidad. De acuerdo con Transparencia Internacional, Honduras se encuentra –al momento de escribir esta reflexión– en el puesto 132 de 180 del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2018, habiendo obtenido una puntuación de 29/100, con lo cual se coloca en el *ranking* como el sexto país en América con la más alta percepción de corrupción².

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Compliance, justicia penal y responsabilidad penal de la persona jurídica” (Ref. UJI-B2018-66), financiado por la Universitat Jaume I (Plan de Promoción de Investigación para el año 2018) y del que es Investigador Principal el Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer. Agradecemos además la colaboración brindada desde Honduras por la Dra. Pina Boquín Bendaña, en cuyo natalicio fue presentada esta colaboración.

² Según estos datos, disponibles en <https://www.transparency.org/cpi2018>, los países más corruptos en América son Venezuela (18/100), Haití (20/100), Nicaragua (25/100), Guatemala

Han sido diversas las estrategias desarrolladas por el gobierno, así como por las instancias de la sociedad civil hondureña y de la comunidad internacional, con el objetivo de fortalecer las instituciones democráticas del país. En 2015, el gobierno presentó la propuesta de un “Sistema Integral Hondureño de Combate a la Impunidad y la Corrupción”, con el cual se buscaba iniciar un proceso de diálogo entre los sectores políticos y sociales hondureños. El gobierno invitó a la ONU y la OEA para que participaran como facilitadoras en este diálogo y, como resultado, la OEA propuso unas líneas estratégicas orientadas, por un lado, a establecer un mecanismo integral de lucha contra la corrupción y la impunidad y, por otro lado, a acompañar y asesorar una reforma al sistema de justicia hondureño. Con esta reforma se buscaba asegurar la independencia del Poder Judicial, su transparencia y competencia profesional.

Un año más tarde, el 19 de enero de 2016, en Washington D. C., se firmó un convenio entre el gobierno de Honduras y la Secretaría General de la OEA, mediante el cual se estableció la Misión de Apoyo Contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH)³. Desde sus inicios, la MACCIH señaló la necesidad de crear una Jurisdicción Nacional Anticorrupción (JNA), iniciativa que fue bien recibida por la Corte Suprema de Justicia de Honduras (CSJH).

Así pues, en mayo de 2016, por acuerdo del pleno de la CSJH, se creó la JNA, convirtiéndose Honduras en el segundo país en Latinoamérica –después de Perú– en contar con unos tribunales especializados en esta materia.

(27/100) y México (28/100); seguidos por Honduras, Bolivia y Paraguay (29/100). Esta escala de valoración muestra la percepción de la corrupción pública en cada país, representando el 0 el mayor grado de corrupción y el 100 la medida de más confianza. Así pues, para 2018, la puntuación más baja a nivel mundial fue obtenida por Somalia (10/100), mientras que la más alta ha correspondido a Dinamarca (88/100).

³ Los objetivos principales de la MACCIH pueden resumirse de la siguiente forma:

- a) Contribuir en el cumplimiento por parte del Estado hondureño de los compromisos internacionales adquiridos a través de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención Interamericana de los Derechos del Hombre y la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción.
- b) Apoyar y fortalecer a las instituciones del Estado hondureño encargadas de prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción.
- c) Mejorar la coordinación entre las distintas instituciones del Estado que trabajan en esta materia.
- d) Proponer reformas al sistema de justicia hondureño.
- e) Fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas desde la sociedad civil.

El texto completo del convenio referido se encuentra disponible en línea en la página <http://www.oas.org/documents/spa/press/convenio-MACCIH-1.19.16.pdf>

II. CREACIÓN Y COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

La creación de los Juzgados de Letras, los Tribunales de Sentencia y la Corte de Apelaciones de lo Penal con Competencia Nacional en Materia de Corrupción se formalizó mediante el Acuerdo No. 01-2016 del Pleno de la CSJH, que fue publicado en el *Diario Oficial La Gaceta* No. 34.031, de 12 de mayo de 2016⁴. A continuación, la CSJH remitió al Congreso Nacional de Honduras (CNH) la propuesta de ley de jurisdicción nacional anticorrupción, para evitar cualquier contingencia sobre su validez. Como respuesta, el CNH aprobó el Decreto Legislativo No. 89-2016, publicado en el *Diario Oficial La Gaceta* No. 34.109, de 11 de agosto de 2016, con el cual se reformó la Ley Especial de Órganos Jurisdiccionales con Competencia Territorial Nacional en Materia Penal (Decreto No. 247-2010, de 29 de noviembre), incorporando en la misma los nuevos órganos de la JNA⁵.

Según se estipuló en el Acuerdo 1-2016 de la CSJH, los Juzgados de Letras funcionarán en dos circuitos territorialmente diferenciados, uno con sede en Tegucigalpa y otro en San Pedro Sula, sin perjuicio de que en el futuro se puedan crear más órganos en otras ciudades. Además, se definió en el Acuerdo la competencia de estos juzgados desde la perspectiva objetiva, funcional y territorial. Así pues, objetivamente, estos tribunales serán competentes para conocer los hechos cometidos por grupos delictivos organizados (de tres o más personas) que hayan actuado con el propósito de cometer alguno de los siguientes delitos⁶:

⁴ En base a lo dispuesto en el artículo 313, numerales 11 y 12 de la Constitución de la República de Honduras, “la Corte Suprema de Justicia tendrá las atribuciones siguientes: ...11) Fijar la División del Territorio para efectos jurisdiccionales; y, 12) Crear, suprimir, fusionar o trasladar los Juzgados, Cortes de Apelaciones y demás dependencias previo dictamen favorable de Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial”.

⁵ Deseamos destacar que, junto con la JNA, la CSJH también creó los Juzgados de Letras, los Tribunales de Sentencia y la Corte de Apelaciones de lo Penal con Competencia Nacional en Materia de Extorsión, mediante el Acuerdo No. 02-2016, de 3 de mayo, que fue publicado también en el *Diario Oficial La Gaceta* No. 34.031, de 12 de mayo de 2016. Estos órganos judiciales tienen competencia exclusivamente para el enjuiciamiento del delito de extorsión (art. 222 CP), cuando haya sido cometido por grupos delictivos organizados, y de aquellos otros delitos conexos que atiendan a la protección de bienes jurídicos protegidos distintos a la propiedad.

⁶ En sentido amplio, la clasificación abarca diversas tipologías relacionadas con la corrupción, tales como el abuso de autoridad, la violación de los deberes de los funcionarios públicos, el tráfico de influencias, el fraude, las exacciones ilegales, la apropiación de caudales públicos, el

a) Delitos contra la propiedad (artículo 218-E del Código Penal, Decreto 144-83, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 24.867 de 12 de marzo de 1984, que abreviaremos CP).

b) Delitos contra la economía (artículos 295, 296, 297, 299 no. 4 CP).

c) Delitos contra la Administración Pública (artículos 349, 350, 350-A, 352, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 366-A, 368, 369, 369-A, 369-B, 369-C, 369-D, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 381, 382, 383, 384 CP).

d) Delitos Financieros (artículo 394 incisos H y K CP).

e) Delitos en la Administración de Fondos Públicos y Privados de Jubilaciones y Pensiones y sus Penas (artículos 394 incisos P y Q CP).

f) Delitos Forestales (tipificados en el Decreto 98-2007 de 19 de septiembre, artículos 182 y 190).

g) Otros delitos que deberían enjuiciarse junto con los anteriormente referidos conforme a las reglas de la competencia por conexión (artículos 67-70 del Código Procesal Penal, abreviado CPP).

Sin embargo, cabe observar que cuando el CNH trasladó estas competencias al Decreto Legislativo No. 89-2016, excluyó algunos delitos contemplados en el listado inicialmente referido por la CSJH, en concreto los contenidos en los artículos 350, 350-A, 352, 368, 369-D, 372, 373, 381, 382 y 394-Q del CP. Dentro de estas exclusiones, consideramos especialmente preocupantes la de los artículos 372 CP (malversación de caudales públicos por cambio de destino o rubro) y 373 CP (demora injustificada de pagos legalmente exigibles)⁷. Adicionalmente, con la

cohecho, la prevaricación, la denegación y el retardo de la justicia, la revelación o divulgación de información confidencial y los delitos administrativos de fondos públicos y privados de jubilaciones y pensiones.

⁷ De acuerdo con el artículo 372 CP: “El funcionario o empleado público que destine los caudales, bienes o efectos que administra a un fin distinto del que les corresponde y si con ello no causa daño a los intereses patrimoniales del Estado, será sancionado con una multa de 50.000 a 100.000 Lempiras [1.800 a 3.600 euros, aproximadamente] e inhabilitación especial de 3 a 5 años. Si ocasiona daño a dichos intereses o entorpece un servicio público, la multa será igual al cien por ciento del

reforma legal obrada a través del Decreto Legislativo No. 89-2016, se redujeron las competencias de la Jurisdicción con Competencia Territorial Nacional, sustrayéndose de este ámbito los procesos de pérdida de dominio de bienes, también en aquellos casos en los que los bienes de origen ilícito estuvieran relacionados con actos de corrupción⁸.

Por otro lado, con relación a la competencia funcional, la JNA sigue el mismo esquema aplicable a la jurisdicción penal ordinaria⁹, de manera que los Jueces de Letra conocerán los requerimientos fiscales y las peticiones planteadas por el Ministerio Público (órgano instructor del proceso penal, que además ejerce la acusación en nombre del Estado), la Procuraduría General de la República y la Defensa, así como los asuntos propios de las etapas preparatoria e intermedia del proceso penal, los procedimientos abreviados y la suspensión condicional de la persecución penal, cuando proceda conforme a la Ley. Los Tribunales de Sentencia, en cambio, están integrados por cuatro magistrados (tres titulares y uno suplente) y conocen la fase del juicio oral y público. Posteriormente, los recursos de apelación que se interpongan contra la sentencia serán resueltos por las Cortes de Apelaciones.

A su vez, la competencia territorial ha sido distribuida entre los Juzgados de Letras de lo Penal con Competencia Nacional en Materia de Corrupción de

valor del daño causado o de los gastos que el Estado deba realizar para normalizar el correspondiente servicio público, más inhabilitación absoluta de 5 a 8 años...”.

Por otra parte, el artículo 373 CP indica que: “Se sancionará en la forma prevista en el párrafo primero del artículo anterior al funcionario o empleado público que, teniendo fondos expeditos, demore injustificadamente un pago legalmente exigible. La misma sanción se impondrá al funcionario o empleado público que, legalmente requerido, rehúse entregar una suma de dinero o los caudales, bienes o efectos que se encuentren bajo su administración o custodia”.

⁸ Ambos aspectos fueron valorados negativamente por la MACCIH en su *Primer Informe Semestral*, de 19 de octubre de 2016, disponible en <http://www.oas.org/documents/spa/press/Primer-Informe-Semestral-MACCIH.PDF>. Actualmente, para regular el decomiso se aplica la Ley sobre Privación del Dominio de Bienes de Origen Ilícito, que contempla un proceso civil independiente del penal, mediante el cual se logra extinguir el dominio de los bienes cuyo origen lícito no puede ser justificado por el acusado. Los bienes decomisados son remitidos a la Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI), un órgano administrativo que depende de la Secretaría de la Presidencia.

⁹ Se establecen estas competencias funcionales en los artículos 56 al 58 CPP. Adicionalmente, existen también los Juzgados de Ejecución, que conocerán esta etapa también con relación a las sentencias dictadas por la JNA.

Tegucigalpa y de San Pedro Sula, asignando a cada uno de ellos el conocimiento de los asuntos que se susciten en ciertos Departamentos del territorio Nacional¹⁰.

Una vez creada la JNA, se inició el proceso de selección y nombramiento de los jueces y magistrados que debían integrarla, el cual se configuró en el protocolo establecido en el Acuerdo No. PCSJ-1-2016, de 26 de mayo de 2016, emitido por la presidencia de la CSJH¹¹. Originalmente, se pensó que los miembros de la JNA debían ser seleccionados de entre los jueces y magistrados del Poder Judicial, sin embargo, por recomendación de la MACCIH se abrió la convocatoria a los demás profesionales del Derecho hondureños, sin necesidad de que previamente hubieran sido jueces o magistrados. Para la selección se tuvo en cuenta el análisis curricular de los candidatos y, además, se les realizaron pruebas de conocimientos jurídicos, entrevistas y pruebas de confianza¹². Con el objetivo de desarrollar este proceso, se conformó una Comisión de Selección integrada por dos magistrados de la CSJH –uno de la Sala Laboral-Administrativa y otro de la Sala Penal, que actuaba como presidente–, un miembro de la MACCIH y un representante de la Sociedad Civil, éste último participando como secretario con derecho a voz, pero no a voto¹³.

Al proceso de selección se presentaron 103 postulantes, de los cuales fueron inicialmente elegidos dos jueces de letras penales, cuatro jueces de Tribunal de Sentencia, tres magistrados de Cortes de Apelación y un magistrado integrante. De acuerdo con el informe elaborado por la MACCIH, el proceso se rigió por “los principios estrictos de la publicidad, transparencia, igualdad de oportunidades,

¹⁰ El juzgado de Tegucigalpa tendrá competencia territorial en los departamentos de Choluteca, Comayagua, El Paraíso, Francisco Morazán, Intibucá, La Paz, Olancho y Valle; mientras que el juzgado de San Pedro Sula conocerá los asuntos correspondientes a los departamentos de Atlántida, Colón, Copán Cortés, Gracias a Dios, Islas de la Bahía, Lempira, Ocotepeque, Santa Bárbara y Yoro.

¹¹ El texto completo del protocolo puede consultarse en el portal de la CSJH, <http://www.poderjudicial.gob.hn/Documents/AcuerdoAprobacionProtocoloSeleccionJuecesMagistrados.pdf>

¹² Estas pruebas de confianza incluían cinco aspectos: el socioeconómico, el patrimonial, el psicométrico, el toxicológico y una prueba poligráfica, según se estableció en el protocolo de selección y nombramiento antes referido.

¹³ Asimismo, se estableció un comité observador en el cual participaron la Asociación para una Sociedad más Justa (ASJ), el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (CONADEH), el Colegio de Abogados de Honduras (CAH) y la Asociación de Empleados del Poder Judicial.

establecimiento de criterios de calificación objetiva, rendición de cuentas y participación ciudadana”¹⁴. Sin embargo, otros sectores de la sociedad hondureña criticaron este proceso de selección por depender directamente del presidente de la CSJH, prestándose así a posibles influencias políticas¹⁵.

Poco después, el 11 de septiembre de 2017 entraron en funcionamiento los juzgados anticorrupción. Según reportó la prensa local, el acondicionamiento de la sede de Tegucigalpa tuvo un costo aproximado de 6,5 millones de Lempiras (unos 217.000 Euros), que fue gestionado por el gobierno a través de la Tasa de Seguridad¹⁶.

III. EL NUEVO CÓDIGO PENAL Y LA CORRUPCIÓN EMPRESARIAL

Otro esfuerzo importante para el fortalecimiento de la justicia penal en Honduras ha sido la aprobación de un nuevo y moderno Código Penal. El anteproyecto de esta Ley fue introducido en el CNH, a propuesta de la CSJH en el año 2015, nombrándose a continuación una comisión multipartidaria para elaborar el dictamen correspondiente con el apoyo de un equipo de consultores internacionales, en el cual participaron expertos españoles que contaron, además, con el apoyo de la Unión Europea. No fue sino hasta el 10 de mayo de 2019 cuando finalmente se publicó el nuevo Código Penal hondureño (NCP), Decreto No. 130-2017, en el *Diario Oficial La Gaceta* No. 34.940. De acuerdo con el artículo 635 NCP, esta Ley entrará en vigor seis meses después de su publicación oficial, de manera que su aplicación está prevista para iniciar el 11 de noviembre de 2019.

Son muchos los aspectos novedosos de este NCP, no pudiendo ser de otra manera cuando se produce una reforma de este calado¹⁷. No obstante, por

¹⁴ MACCIH, *Primer Informe Semestral*, cit., pág. 23.

¹⁵ Véase la comunicación de la Asociación de Jueces para la Democracia, “Juzgados Anticorrupción entraron en funcionamiento el 11 de septiembre”, de 31 de agosto de 2017, publicada en <https://juecesporlademocracia.org/juzgados-anticorrupcion-entraran-en-funcionamiento-el-11-de-septiembre/>

¹⁶ DIARIO LA PRENSA, “En operaciones, Nuevos tribunales anticorrupción”, 11 de septiembre de 2017, disponible en <https://www.laprensa.hn/actualidad/1107374-410/operaciones-tribunales-anticorrupcion-corrupcion-honduras->

¹⁷ Para un análisis más extenso véase OEA / MACCIH, *Análisis Jurídico del Nuevo Código Penal*

cuestión de tiempo y espacio, debemos centrarnos en un aspecto concreto que, además de ser completamente innovador en el contexto hondureño, resulta también de actual interés en el ámbito del Derecho comparado; este es la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁸.

El NCP regula este tema en el Título VII, artículos 102 al 106, en donde se establece quiénes serán las personas jurídicas responsables, las penas que se les podrán imponer, las circunstancias atenuantes a tener en cuenta por el órgano judicial y la posibilidad de suspender el proceso de forma condicionada. El modelo aplicado es un híbrido que, en ciertos puntos sigue el patrón establecido en el Código Penal español (CPE), mientras que en otro incorpora influencias anglosajonas (EE.UU. o Inglaterra), ya que se regula la posibilidad de suspender condicionalmente la persecución penal de la persona jurídica, aplicando de esta manera el principio de oportunidad reglada.

Así pues, el NCP establece que las personas jurídicas serán responsables de los delitos *dolosos* cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio por sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho (art. 102 NCP). Vemos ya de entrada que quedan excluidas las conductas criminales perpetradas por otro tipo de empleados, así como las que se hayan efectuado de manera culposa. Al igual que en España, se establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica será independiente de la que corresponda a las personas naturales.

Por otra parte, quedan excluidas de responsabilidad penal las organizaciones internacionales de Derecho público y el Estado hondureño, así como las entidades que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas (cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a excepción de los casos en que se trate de delitos contra la Seguridad Social). El Código no hace referencia

(Decreto 130-2017), presentado por la MACCIH al CNH en agosto de 2019. El texto completo se encuentra disponible en <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/docs/Analisis-Juridico-Del-Nuevo-Codigo-Penal-MACCIH2019.pdf>

¹⁸ Vid. CUÉLLAR CRUZ, R., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal hondureño: Alcance y desafíos de implementación", en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.) / MADRID BOQUÍN, C. M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, 2019, en prensa.

específica a los partidos políticos, pero se ha interpretado que éstos quedan excluidos de la responsabilidad criminal¹⁹. Asimismo, y ajeno a cualquier fundamento técnico-jurídico, han quedado exentas de responsabilidad penal “las personas jurídicas cuya facturación anual en el año precedente a la comisión del delito no haya excedido los tres millones de Lempiras”, aproximadamente unos 100.000 Euros, salvo que se trate de empresas pantalla (art. 103 NCP).

Las penas a imponer son homólogas a las que se regulan en el artículo 33.7 CPE. En este sentido, el NCP recoge las penas de multa (por cuotas o proporcional), la suspensión de actividades por un plazo máximo de 5 años, la clausura de locales y establecimientos por este mismo período, la prohibición de realizar en el futuro actividades específicas, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayuda públicas (hasta por 15 años), la intervención judicial y, finalmente, la disolución de la persona jurídica (art. 104 NCP).

Se regula a continuación una serie de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cabe destacar que, a diferencia del modelo español, no se establece la exención de responsabilidad relacionada con la oportuna adopción y la eficiente aplicación de un programa de cumplimiento penal. Únicamente se consideran como circunstancias atenuantes el haber realizado *con posterioridad a la comisión del delito*, a través de los representantes legales, administradores de hecho o de derecho, accionistas u otros miembros de la persona jurídica, alguna de las actividades indicadas en el artículo 105 NCP:

- a) Confesar la infracción a las autoridades antes de conocer que las investigaciones o el procedimiento se dirige contra la persona jurídica;
- b) Colaborar en la investigación, aportando pruebas que fueran nuevas y decisivas;
- c) Reparar o disminuir el daño causado por el delito, antes del juicio oral;

¹⁹ Según expresó el Abog. Kenneth Madrid en la conferencia impartida dentro del “Programa de Especialización para Jueces de Sentencia. Conceptos del Nuevo Código Penal”, el día 26 de agosto de 2019, en la Escuela Judicial de Honduras.

d) Haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, por sus representantes o administradores.

Con relación a las últimas tres circunstancias, la Ley requiere que hayan sido realizadas antes del comienzo del juicio oral. La ulterior, como puede observarse, es la que se refiere a la implementación de modelos de cumplimiento penal pero, no obstante, está limitada a ser aplicada como una atenuante y no como una eximente, en el sentido que lo hace el artículo 31 bis 2 CPE. Por tanto, para lograr la atenuación de la pena, en el NCP se exige únicamente que el programa de *compliance* se aplique *después* de la comisión del delito, omitiéndose cualquier otra alusión a su contenido, requisitos, forma de implementación, órgano responsable, etc.

Por otra parte, debemos referir en nuestro brevísimo análisis la aplicación del principio de oportunidad reglada, mismo que en el sistema de justicia penal hondureño ya ha venido siendo habitual desde su regulación en los artículos 28 al 41 del Código Procesal Penal (Decreto No. 9-99-E, publicado en el *Diario Oficial La Gaceta*, No. 29.176 de 20 de mayo de 2000)²⁰. En este sentido se establece que el órgano judicial, por iniciativa propia, puede suspender motivadamente el procedimiento contra la persona jurídica, antes de la apertura del juicio oral, en aquellos casos en que se cumplan los requisitos establecidos por la Ley:

- a) Que sea la primera vez que se comete un hecho delictivo;
- b) Que no exista peligro de reiteración delictiva a la vista de las características del hecho y de las circunstancias de la persona jurídica;
- c) Que no exista responsabilidad civil derivada del hecho delictivo o que ésta ya haya sido satisfecha;
- d) Que los representantes de la persona jurídica colaboren con las autoridades en la investigación de los hechos;

²⁰ Vid. CUÉLLAR CRUZ, R./ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./ GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.), *Derecho Procesal Penal de Honduras*, Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras/ Corte Suprema de Justicia de Honduras/ Agencia Española de Cooperación Internacional/ Consejo General del Poder Judicial de España, Tegucigalpa, 2004, pp. 50-63.

e) Que la persona jurídica reconozca su responsabilidad en los hechos.

A estos efectos, el órgano judicial determinará en un auto el período durante el cual se suspende el procedimiento, que puede ser de dos a cinco años. En esta resolución deberá indicarse también si procede fijar alguna responsabilidad civil o medidas adicionales (la necesidad de que la persona jurídica realice cambios organizativos, que implemente programas de prevención y cumplimiento, que renuncie a la realización de ciertas actividades, que proceda al despido de los ejecutivos responsables o que se someta a intervención judicial).

En todo caso, la suspensión del proceso estará condicionada a que no se cometa otro delito por parte de la persona jurídica durante el plazo de la suspensión y a que se cumplan todas las condiciones fijadas por el órgano judicial. En caso de incumplimiento, se reanudará el proceso hasta dictar sentencia. De otra forma, si transcurre el plazo de suspensión habiéndose cumplido las condiciones establecidas, el órgano judicial decretará la extinción de la acción penal (art. 106 NCP).

Finalmente, debemos destacar el amplio catálogo de delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas conforme al NCP (aproximadamente un 80% de la totalidad de los delitos previstos)²¹. Entre los delitos relacionados con actos de corrupción podemos destacar, a modo de ejemplo, el tráfico de drogas (arts. 311-317), la urbanización ilegal (arts. 343-347), el fraude a la seguridad social o al sistema de pensiones (arts. 435-437), el fraude (art. 482), el tráfico de influencias (art. 490) y el cohecho (art. 496).

Llama poderosamente la atención la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en otros delitos de gran relevancia en el ámbito empresarial, como la corrupción en los negocios entre particulares y la corrupción en el deporte (arts. 418-420), así como en varios delitos societarios, entre ellos la falsedad de cuentas, la gestión abusiva y la negativa o impedimento del control de entidades supervisoras (arts. 422-427). En estos últimos casos, únicamente se contempla la responsabilidad personal de los socios, administradores, directivos o empleados, pero no la de la empresa.

²¹ Según indica CUÉLLAR CRUZ, R., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal hondureño...", cit., en prensa.

Por otra parte, con relación al delito de defraudación fiscal y al fraude de subvenciones y ayudas, se establece para las personas físicas (y entendemos que también para las jurídicas) una exención en caso que se proceda al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, con sus recargos e intereses, antes de que el Ministerio Público presente el requerimiento fiscal (arts. 431-434)²².

IV. CONCLUSIONES

Desde su creación en 2016 a través del convenio suscrito entre el gobierno de Honduras y la OEA, la MACCIH se ha convertido en un apoyo valioso para la consecución de importantes reformas al sistema de justicia penal hondureño, particularmente con relación a la lucha contra la corrupción. La Misión se ha desempeñado activamente, facilitando la comunicación entre el gobierno y diversas instancias de la sociedad hondureña y de la comunidad internacional, participando activamente en la coordinación, la adopción y la posterior evaluación de los procesos de reforma. No obstante, la actuación de la MACCIH tiene unos límites muy claros, no pudiendo esta solaparse con las funciones constitucionalmente asignadas a los órganos del Estado hondureño. Es por ello indispensable que se continúe velando por la autonomía de los poderes del Estado y, más en concreto, por la independencia del Poder Judicial y por el cumplimiento del principio de legalidad en las actuaciones del CNH y del gobierno, así como en el proceder de otras instituciones esenciales para el sistema de justicia, principalmente el Ministerio Público y la policía.

Valoramos positivamente la creación de una jurisdicción nacional especializada en casos complejos de corrupción, pero debería evaluarse la posibilidad, como ha sugerido la MACCIH, de ampliar la competencia objetiva de la JNA, de manera que no esté limitada al conocimiento de delitos cometidos por grupos organizados, sino que también pueda enjuiciar otros casos de corrupción en los que no ha actuado un grupo estructurado, sino una o diversas personas. De esta manera se obtendría una doble ventaja; por un lado, el aprovechamiento de los conocimientos técnicos especializados de estos órganos judiciales y, por el otro, el descongestionamiento (en la medida posible) de la jurisdicción penal ordinaria. No obstante, de producirse este cambio, sería prudente aumentar el número

²² Ídem.

de órganos de la JNA y, como de costumbre, el factor presupuestario jugaría un papel importante en la toma de cualquier decisión estructural.

Por otra parte, será necesario, cara a la aplicación del NCP, revisar el listado de delitos cuyo conocimiento corresponde a la JNA. En primer lugar, para cumplir con las exigencias del principio de legalidad penal, ya que este listado hace referencia a los artículos del CP penal actual, que pronto quedará derogado. Debería, por tanto, actualizarse el listado para ponerlo en relación con los artículos y los tipos consignados en el NCP. Por otro lado, la revisión del listado de delitos debería producirse porque al haber sido incorporado a la Ley Especial de Órganos Jurisdiccionales con Competencia Territorial Nacional en Materia Penal, se excluyeron algunos de los delitos originalmente propuestos por la CSJH.

Por otro lado, consideramos que el proceso de selección y nombramiento de los jueces y magistrados de la JNA no debería regularse en un protocolo *ad hoc* aprobado directamente por la presidencia de la CSJH, sino que, para lograr una mayor transparencia y una mejor aplicación del principio del juez legal o juez natural, debería existir una ley que regule el acceso a la carrera judicial –en general y no solo para la JNA– en base a méritos, conocimientos y aptitudes. La creación de un protocolo específico para el nombramiento de ciertos jueces y magistrados y su selección discrecional por dos personas integrantes de la cúpula del Poder Judicial, aún acompañadas de la MACCIH, no garantiza la objetividad y constitucionalidad del proceso de selección, quedando este permeable a las influencias e intereses políticos imperantes.

Con relación al NCP, estimamos que su aprobación ha sido necesaria para modernizar el sistema de justicia criminal, teniendo en cuenta que el actual CP hondureño tiene 35 años de vigencia, que ha sido reformado en decenas de ocasiones y que además existen tipos penales dispersos en diferentes leyes especiales. Sin embargo, aún con sus bondades técnicas, el texto del NCP no va a producir un impacto real en la sociedad hondureña si no va acompañado de una reforma integral del sistema de justicia penal. Es decir, de poco servirá el NCP si continúa habiendo impunidad, si no se judicializan las denuncias de corrupción, si no se brindan las herramientas necesarias a la policía y al Ministerio Público, o si no se garantiza la independencia y la seguridad personal de los jueces y magistrados hondureños.

Para lograr una mayor efectividad en su aplicación, consideramos que una reforma legal de la magnitud del NCP requiere un período de *vacatio legis* más extenso que permita, por un lado, consolidar la formación de los operadores del sistema de justicia y, por otro lado, gestionar la necesaria adaptación y adecuación de las instituciones que conforman el engranaje de la justicia criminal. Esta idea ha sido defendida por diversas instancias de la sociedad hondureña, entre ellas la MACCIH, que han pedido al CNH ampliar el período de *vacatio legis* incluso hasta dos años, un plazo razonablemente adecuado.

En cuanto a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, observamos que se ha adoptado un modelo mixto en el cual es notoria la influencia de dos modelos distintos: por un lado, la del CPE con relación a la determinación de las personas responsables y a la regulación del catálogo de penas; por el otro la de los modelos estadounidense e inglés, en la medida que permiten suspender de forma condicionada la persecución de las personas jurídicas. El NCP se decanta así por una postura ecléctica, que refleja la adopción por parte del legislador de una nueva política criminal con relación al ámbito empresarial. Sin embargo, existen algunos aspectos concretos que nos parecen cuestionables y que deberían ser reformados por el legislador, dado que carecen de un fundamento jurídico técnico y, además, pueden convertirse en resquicios legales que permitan que se perpetúe la cultura de corrupción e impunidad en Honduras.

Así pues, en primer lugar, debería revisarse el listado de delitos de cuya comisión están exentas las personas jurídicas, especialmente aquellos relacionados con la corrupción. Aquí estarían incluidos los delitos societarios referidos en la sección anterior y también aquellos casos de fraude en los que la persona jurídica acusada puede quedar exenta de la responsabilidad criminal si reintegra el monto defraudado. Consideramos que en estos casos sí debería poder exigirse una responsabilidad penal a la empresa autora de los hechos y que dicha responsabilidad no debería extinguirse (aunque sí atenuarse) tras el reintegro del monto defraudado.

En segundo lugar, debería suprimirse la eximente de responsabilidad penal que protege a las pequeñas y medianas empresas, ya que, independientemente del monto anual facturado, estas pueden "cometer" delitos, al igual que las grandes corporaciones. Consideramos que no hay razón para que exista un do-

ble estándar de justicia penal basado en el importe anualmente facturado por la persona jurídica. Asimismo, estimamos que debería seguirse el ejemplo de España e incluir dentro del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los partidos políticos, con lo cual se favorecería la transparencia en el manejo de los fondos de las campañas electorales.

En conclusión, estimamos que las reformas recientes, tanto la creación de la JNA como la aprobación del NCP, aunque no sean irreprochables, sí han sido acertadas y pueden ser herramientas valiosas en la lucha contra la corrupción. No obstante, será necesario dar un seguimiento adecuado a la implementación de estas reformas²³, con el propósito de forjar un cambio integral en el sistema de enjuiciamiento penal hondureño y que así, a mediano y largo plazo, puedan reducirse los índices de corrupción en el país y, consecuentemente, que aumente el desarrollo económico y humano en Honduras.

²³ Para evitar cualquier confusión al lector, deseamos hacer constar que este capítulo fue escrito y presentado con ocasión del I Congreso Internacional “La Administración de Justicia en España y en América”, que fue celebrado como homenaje al Prof. José de los Santos Martín Ostos, en el mes de septiembre de 2019. Al momento de su publicación, y como seguimiento de las realidades y reflexiones expuestas, debemos destacar dos hechos importantes. En primer lugar, el cese de la MACCIH, que se produjo en enero de 2020, debido a la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre el gobierno hondureño y la Secretaría General de la OEA para su renovación. Sobre este aspecto, puede consultarse el comunicado publicado en <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/default.asp>. En segundo lugar, la entrada en vigencia del NCP, que ha sido controvertida por diversos sectores de la sociedad hondureña, entre los cuales podemos destacar el Consejo Nacional Anticorrupción. Además, los representantes de la empresa privada están abogando por la derogación de los artículos que regulan la responsabilidad penal corporativa. Todo ello nos mueve a la reflexión sobre la evolución de la corrupción en Honduras que, dicho sea de paso, ha descendido en el ranking del IPC, llegando al puesto 157/180 en 2020, con una puntuación de 24/100.

UNA NECESIDAD EMERGENTE EN JUSTICIA: LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO

Fernando Martín Diz

*Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Salamanca)*¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL MENOR. II. PARTICIPACIÓN DE LOS MENORES EN EL PROCESO: PARTICULARIDADES GENÉRICAS. III. EL MENOR COMO PARTE EN EL PROCESO: CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN PROCESAL. IV. EL MENOR COMO INTERVINIENTE EN EL PROCESO. V. EL ABOGADO DEL NIÑO: JUSTIFICACIÓN Y REFERENCIAS. 1. Especialización y principios básicos de actuación. 2. Ámbitos de intervención. 3. Designación. 4. Honorarios al abogado del niño. VI. CONCLUSIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL MENOR

El niño, el adolescente, en consecuencia: el menor; como sujeto jurídico, ha de disfrutar, como cualquier otra persona, de las máximas garantías jurídicas en aquellos trances procesales en los cuales se vea inmerso, especialmente en el ámbito de la justicia juvenil y cuando concurre en el menor la condición de infractor (sospechoso o acusado del ilícito). Constitucionalmente, el derecho de defensa, consagrado en el caso de España en el art. 24.2, es el punto de origen a partir del cual todo menor ha de disfrutar de una defensa efectiva y técnica de sus derechos. Es un derecho fundamental procesal, insustituible, y que el menor ha de disfrutar incondicionalmente. Refuerza aún más esta necesidad jurídica, la determinación universal, como principio general respecto al menor, del derecho

¹ El presente trabajo es resultado del desarrollo del Proyecto de Investigación titulado: “Evaluación de las necesidades criminógenas específicas de los menores infractores en la justicia juvenil” (Ref: RTI2018-096289-B-I00), de Proyectos de I+D+i “Retos Investigación”, convocatoria de 2018 del Programa Estatal de I+D+i orientada a los retos de la Sociedad, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

a ser escuchado en todo aquello que le pueda afectar, y en el consiguiente derecho a participar, según dispone el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño² de 20 de noviembre de 1989 (Asamblea General de Naciones Unidas-UNICEF), “en función de la edad y madurez”. Por tanto, el menor, en todos los procesos judiciales que le puedan afectar, tendrá derecho a intervenir de forma directa o interpuesta a través de representante u órgano “apropiado” según las previsiones de la ley interna aplicable.

La efectividad del derecho de defensa del menor, así como la eficacia de su derecho a ser oído y participar en los procesos judiciales en que se vea afectado, ha de pasar por una defensa técnica adecuada y especializada. Esta línea de actuación se toma como eje en las disposiciones de la Directiva 2016/800/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, cuyo objeto era dotar a los estados miembros de la Unión Europea de un marco común de garantías procesales para que los menores (de 18 años), que se encuentren en la condición de sospechosos en un proceso penal, “puedan comprender y seguir dichos procesos, a fin de permitirles ejercer su derecho a un juicio justo, prevenir su reincidencia y fomentar su inserción social”. En ese contexto, nuevamente alcanza relevancia la asistencia por abogado especializado al menor, dentro de este conglomerado de garantías, como bastión de la eficacia procesal de sus derechos.

Cuando el menor ha de participar en la dinámica procesal: las actuaciones, sus derechos, sus cargas, sus obligaciones procesales, requieren de una cierta adaptación tanto a su estado personal y madurativo como a la situación procesal que ostente (demandante, demandado, tercero, infractor o víctima e incluso en su participación como testigo). Además de la garantía que para ello pueden aportar las autoridades judicial, muy particularmente las encargadas de la investigación criminal y del proceso de menores, formados y capacitados en menores. Ante esta circunstancia es fundamental que el profesional jurídico que postulará por

² <https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>

Concluyente es el párrafo segundo del citado precepto en que se indica que con tal fin “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

el interés del menor lo haga con la máxima eficacia y, para ello, también parece consecuente exigir una capacitación y especialización profesional. La Abogacía ha de asumir este reto como estandarte en un ejercicio contemporáneo, social y garantista de su profesión, y más aún con un colectivo especialmente vulnerable y necesitado de su sapiencia técnico-jurídica, como es el de los menores infractores.

Nos encontramos, por tanto y tal y como figura en el título del presente trabajo, con una necesidad emergente, que no desconocida, que se encuentra en el momento idóneo para avanzar y consolidarse. Y, aún así, y desde el respeto al derecho a un juicio justo, el baremo básico para determinar posibles excepciones a la obligación de prestar asistencia letrada al menor será, procesalmente una vez más, la proporcionalidad, "habida cuenta de las circunstancias del caso" (según los Considerandos de la Directiva 2016/800/UE), y partiendo de que el interés superior del menor siempre debe constituir una consideración primordial. Salvo algunos hitos procesales muy excepcionales, y con la garantía que al efecto comportará la supervisión judicial para ello, se requiere una plena garantía de asistencia letrada al menor, muy acentuada en materia de justicia juvenil cuando se sitúa procesalmente como infractor, tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento, al proscribirse la imposición de cualquier tipo de pena de privación de libertad "a no ser que el menor haya contado con asistencia, letrada de manera que haya podido ejercer su derecho de defensa de modo efectivo y, en cualquier caso, durante la vista oral del juicio ante un órgano jurisdiccional" (Considerando 30 de la Directiva 2016/800/UE).

Desde el entorno jurídico iberoamericano requiere detenerse, y prestarle la debida atención, la referencia que nos ofrecen las denominadas Reglas de Brasilia (2018), en las cuales se cataloga el encuadramiento de la condición de vulnerabilidad del menor al incluir su situación en el concepto ofrecido en su art. 1, en que determina el grupo de personas en situación de vulnerabilidad: "Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental,

o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Es particularmente destacable de dicho documento su Sección 2.^a, relativa a la asistencia legal y defensa pública de las personas en condición de vulnerabilidad (niños-adolescentes), constatando la relevancia de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, sin retrasos innecesarios e incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial. En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente; y en materia de asistencia letrada a la persona privada de libertad.

Se apela a la conveniencia de promover una línea de política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia técnica jurídica, consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados y abogadas todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos. En consonancia con estas recomendaciones albergamos la expansión y especialización del abogado del niño (menor).

Uno de los elementos que destacamos en nuestra propuesta sobre la asistencia jurídica y letrada al niño y adolescente (menor), es que también así lo constatan las Reglas de Brasilia indicando que "se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia. Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad y confidencialidad de los servicios de asistencia y apoyo técnico-jurídicos de calidad, facilitados por las Administraciones Públicas a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones. Las personas menores de edad cuya madre sea víctima de violencia de género o doméstica, tendrán derecho a medidas de asistencia y protección gratuitas".

Finalmente, no debemos olvidar que para la dinámica específica de la labor del abogado del menor y la asistencia letrada que ha de prestarle de forma especialmente garantista que se observa cuando se encuentra en la condición procesal de sospechoso o acusado en el ámbito de la justicia juvenil, encontramos además las previsiones y repercusiones de la evaluación individual criminológica que se le ha de realizar. Más aún cuando de la evaluación individual, en su vertiente más criminológico-procesal, puede acarrear decisiones jurisdiccionales para adoptar determinadas medidas específicas en el contexto del proceso penal sobre el menor, ya sean medidas cautelares restrictivas de derechos (internamientos) o la propia pena que se pudiera imponer, sobre las cuales haya de realizarse por parte del abogado defensor una valoración de adecuación, efectividad y ejecución.

Pretendemos, por tanto, ofrecer algunos de los elementos esenciales de aproximación para la posible determinación de atribuciones y actividad del Abogado especializado en menores, como ejerciente cualificado en la labor de defensa jurídica y postulación ante los tribunales de los derechos e intereses de estos, particularmente en el caso de menores infractores y en el ámbito de la justicia juvenil, así como su asistencia técnica en las diversas actuaciones procesales que le conciernan o requieran de su participación personal y directa, salvaguardando sus derechos e intereses en atención a sus singulares circunstancias personales, madurativas, familiares y sociales y dentro del marco establecido por la legalidad aplicable. Para ello tomaremos como referencia de aproximación a la figura, en los apartados posteriores, algunas de las realidades, fundamentalmente del ámbito iberoamericano, en que esta figura del "Abogado del Niño" se ha consolidado o se encuentra en vías de implantación como letrado especializado en la defensa jurídica del menor en sede tanto extrajudicial como procesal.

II. PARTICIPACIÓN DE LOS MENORES EN EL PROCESO: PARTICULARIDADES GENÉRICAS

Punto de inicio ha de ser, evidentemente, la determinación más concreta posible de quien se entiende como menor (ya sea en la catalogación de niño o adolescente) desde el punto de vista legal. Tomamos para ello la definición contemplada en las denominadas Reglas de Brasilia (2018, Cumbre Judicial Iberoamericana) en cuyo art. 2, dispone que: "se considera niño, niña y adolescente

a toda persona menor de dieciocho años, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud del ordenamiento jurídico nacional e internacional aplicable". Desde este postulado se proyecta el que, como consecuencia, todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo y que, además, prevalecerá el interés superior de las personas menores de edad cuando interactúan con el sistema de justicia.

El derecho de participación de los menores en los procesos judiciales en los que se analizan y adoptan decisiones en relación a su persona, o que les afectan, está previsto expresamente en la Convención de los Derechos del Niño (art. 12) como ya hemos advertido previamente. Es consecuencia directa del reconocimiento de su condición y calidad de sujetos de derecho (personas menores de 18 años) y del principio de igualdad ante la ley. Su plena aplicación en los procesos judiciales individuales requiere la reinterpretación de la ley interna nacional de aplicación en conexión con la normativa internacional ya mencionada. Cualquiera opción o mecanismo procesal utilizado para hacer efectiva la participación de los niños/as y adolescentes (menores) en el proceso judicial, debe determinar también el alcance y los límites para el ejercicio de este derecho. Las opciones de participación del menor en el proceso han evolucionado con el tiempo, y están en constante adaptación a la realidad social y de los menores en la actualidad.

De este modo, en origen los niños/as y adolescentes no participaban directamente en el proceso judicial, sino que lo hacían a través de sus representantes legales (padres o tutores), quedando asimilada la voluntad de quienes ejercen la patria potestad con la de las personas legalmente a su cargo (en este caso el menor). Y no solo sustituían su intervención directa sino también su posible voluntad, por cuanto no se contaba con la consulta o el parecer del menor representado, quedando al arbitrio del representante legal del menor, puesto que se partía de la idea de que esta cuestión formaba parte de la vida privada (familiar). El punto de inflexión en este sentido, y como avance que ha de ser valorado positivamente, lo marcó la citada Convención de Naciones Unidas por cuanto implicó un cambio de perspectiva, determinando que en el ámbito jurisdiccional se procediese de acuerdo a alguna de las diversas opciones que enumeramos seguidamente:

a) escuchar a los menores en audiencia, determinando en cada caso, y según las circunstancias, si procede hacerlo con o sin la presencia de las otras partes

(personadas en el proceso) y de sus defensores, pero en todo caso escucharles en presencia de un defensor de los mismos, designado judicialmente a esos efectos y antes de cualquier resolución que le concierna personalmente. A este respecto, apuntamos personalmente, que la presencia de defensor ha de interpretarse en sentido dúplice, para un mayor garantismo, siendo defensor tanto el representante legal del menor como su abogado que representa y defiende sus derechos de forma técnico-procesal. En ese sentido concuerda perfectamente con las siguientes de las opciones que presenta la Convención de Derechos del Niño.

b) designarles un letrado/defensor que lo represente formalmente en juicio.

c) designarles un letrado/defensor que los asesore/defienda durante todo o parte del procedimiento y a entrevistas reservadas con dicho letrado cuando procedan según el tipo de procedimiento.

d) recabar información respecto a la opinión y declaraciones de los menores a través de informes de técnicos de profesionales expertos (psicólogos, asistentes sociales, terapeutas, criminólogos, equipos psicosociales, etcétera).

e) intervenir en las diligencias que se practiquen y que puedan afectarle, según su situación y discernimiento. En este concreto aspecto serán especialmente relevantes los informes psicosociales y el contenido de evaluación personal y criminológica (cuando proceda) del menor.

Estas previsiones que hemos sintetizado, son acogidas, por ejemplo y a nivel nacional, en el art. 22 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor en España. Además, se han visto reforzadas, en relación con el menor infractor (en situación de sospechoso o acusado en un proceso penal) a través de las concretas previsiones³ de la Directiva Europea 2016/800/UE, relativa a las garantías

³ Establece, con carácter general, que “los menores sospechosos o acusados tienen derecho a la asistencia de un letrado de conformidad con la Directiva 2013/48/UE. Dado que los menores son vulnerables y no siempre son capaces de comprender y seguir plenamente un proceso penal, deben estar asistidos por un letrado en las situaciones previstas en la presente Directiva”, atribuyendo a los Estados miembros (UE) la responsabilidad de organizar la asistencia del menor por un letrado cuando ni el propio menor ni el titular de la patria potestad haya organizado la misma, proporcionando, asimismo, asistencia jurídica gratuita cuando resulte necesaria para que el menor sea asistido efectivamente por un letrado.

procesales de los menores sospechosos o acusados en procesos penales, tal y como reflejan los Considerandos 25, 26, 27 y, fundamentalmente, los artículos 6 (asistencia letrada), 7 (derecho a una evaluación individual), 15 (derecho del menor a estar acompañado durante el proceso) y de forma más destacada en el artículo 16 (derecho del menor a estar presente y participar en su propio juicio). Según define la Directiva europea, se entiende por asistencia letrada a estos efectos “toda asistencia jurídica y representación por un letrado durante el proceso” sin que ello exija la presencia del letrado en cada acto de investigación u obtención de prueba salvo el interrogatorio del menor en que será inexcusable.

Aún así la intervención del menor en un proceso que le concierne, y con ello la asistencia letrada especializada que ha de recibir, es variable. Está fuertemente condicionada por sus factores personales, madurativos, situación socioeconómica y formativa. Además otros condicionantes legales y procesales aportar heterogeneidad al asunto. No es igual su participación en un proceso civil que en uno penal. Y en este segundo caso, no es equiparable su situación procesal si lo hace en calidad de infractor a si concurre al mismo como víctima. De ahí la importancia de adaptar a la materia, objeto y ámbito del proceso en que va a intervenir el menor, las especificidades y necesidades de su intervención. Ante esa encrucijada, la labor jurídica del abogado especializado es fundamental, para velar por la integridad de sus derechos y la accesibilidad plena y con garantías a las opciones procesales de que disponga. La forma, momento y condiciones de intervención del menor y la adecuada salvaguarda sus derechos estará directamente relacionada con el grado de desarrollo, madurez y autonomía del menor, conforme a la evolución de sus facultades, y a las características del vínculo que les une a las otras “partes” del proceso judicial. Precisar esa situación es tarea básica del abogado que le defiente, y para ello, dado que la intervención del menor en las actuaciones judiciales y la defensa de sus derechos no puede equipararse a la de un adulto, ha de contarse con profesionales de la abogacía verdaderamente expertos y especializados en menores.

En cualquier caso, es imprescindible otorgar al menor la posibilidad de intervenir en el procedimiento judicial, no excluyéndolo ni condicionando su opinión y participación a la de sus representantes legales (con quienes, en determinados asuntos, puede estar directamente en conflicto de intereses), sino integrándole plenamente y respetando sus características propias. Entre ellas debe asegurarse también su derecho a:

- tener la orientación de sus padres –si procede–;
- no ser obligados a confrontarse en audiencia con ellos, u otros adultos que ostenten sobre los mismos una posible situación de superioridad;
- contar con asesoramiento y asistencia jurídica especializada proveída por Letrado (y a poder ser especializado en la materia);
- en definitiva, a garantizar la realización de un proceso con todas las garantías.

En el particular ámbito de la justicia de menores, además, debe observarse escrupulosamente el derecho del menor a entender, en un lenguaje adecuado y comprensible a su madurez, la situación procesal en la que se ve inmerso en directa concordancia con derechos fundamentales procesales como puede ser la presunción de inocencia, además de la previsión legal de adopción de todas aquellas medidas de protección y asistencia del menor que sean precisas tanto procesal como extraprocesalmente. Nuevamente, por tanto, se hace evidente la asistencia letrada especializada como marca de garantía.

III. EL MENOR COMO PARTE EN EL PROCESO: CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN PROCESAL

El menor de edad (niño o adolescente) requiere para su participación procesal de la integración de su capacidad procesal para realizar actos válidos y eficaces en el proceso en defensa de sus derechos e intereses, pudiendo, no obstante, llevar a cabo todos aquellos otros actos personalísimos (como puede ser prestar declaración, un reconocimiento médico-forense, una exploración psicológica, etc.) que sean procedentes para la causa judicial.

No se cuestiona la capacidad para ser parte en el proceso que ostentan los menores y que se contempla en las legislaciones procesales aplicables (tomando como referencia general, y supletoria, el art. 6.1.1 LEC que la reconoce a las "personas físicas", sin mayores condicionantes). Diferente es la necesidad de integrar la falta de capacidad procesal (aptitud para comparecer en juicio y realizar actos procesales válidos en defensa de sus derechos) que está relacionada con la tenencia

de capacidad de obrar (art. 7.1 LEC). El menor al carecer de ella, también según se contempla en las legislaciones procesales, requiere que sus progenitores (no privados de la patria potestad) asuman la requerida integración (en caso de desacuerdo entre los progenitores, judicialmente se designará a aquel que se considere más idóneo y sin conflicto de intereses con la posición del menor en el litigio) y si el litigio se produce frente a los progenitores o sus intereses, procederá el nombramiento de un defensor judicial (arts. 7.2 y 8 LEC). En el supuesto de menores con régimen de tutela, serán los tutores quienes asumirán dicha necesidad procesal.

Mención especial requiere la situación del menor de edad imputado en un proceso penal como posible responsable de un hecho delictivo. Siendo el sujeto pasivo del procedimiento penal un menor a quien se atribuya la comisión de un hecho tipificado penalmente como delito o falta, las cautelas han de ser máximas y las garantías también, tal y como recogen las normas procesales específicas en materia de proceso penal del menor. Desde la incoación del expediente (o, en su caso, desde su detención) y durante toda la tramitación del mismo, el menor gozará de todos los derechos reconocidos constitucional y legalmente, en especial los recogidos en la Ley 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Un catálogo de mínimos, a estos efectos y con marcado acento generalista, puede extraerse desde la Convención de los Derechos del Niño. Concretamente:

- a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal o agente de policía de los derechos que le asisten;
- b) Designar abogado que le defienda o que se le designe de oficio, y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración;
- c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y proponer la práctica (a través de su defensa letrada) de las que le interesen;
- d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de que se adopte cualquier resolución que le concierna personalmente;
- e) Recibir asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de sus padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez autoriza su presencia;

f) Recibir la asistencia del equipo técnico adscrito al órgano jurisdiccional ante el cual se tramite la causa.

Tal y como se ha enumerado anteriormente, la defensa técnica del menor infractor se configura, una vez más, como necesaria e imprescindible, de modo que una vez incoado el expediente, si él o sus representantes legales no designaran letrado, le será nombrado de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados. La especialización que propugnamos podría encontrar también una sólida base en secciones especializadas de los diferentes Colegios de Abogados⁴ en las que se integren letrados con formación y capacitación en la materia.

IV. EL MENOR COMO INTERVINIENTE EN EL PROCESO

El menor, en los procesos que afecten a su situación o derechos, ya sean de corte civil o penal –como infractor o víctima– va a tener una intervención directa ante el órgano jurisdiccional canalizada a través de su testimonio, que prestará en la forma que de acuerdo con su situación personal considere el órgano jurisdiccional más beneficioso para el niño o adolescente. Habitualmente la práctica de la audiencia del menor está encaminada, en definitiva, a que el juez garantice el derecho de los menores a ser oídos cuando se vaya a adoptar alguna medida que les pueda afectar. Se establece que esa audición no es obligatoria, sino que sólo se realizará cuando sea necesaria. Siendo el juez, las partes, el Ministerio Fiscal o el propio menor (personalmente o a través de sus representantes o defensores legales) el que puede invocar y acreditar esa necesidad y provocar la audición del menor, es decir, no debe bastar con una simple petición.

De tal forma, que podríamos establecer como referencias, para la determinación de la procedencia de la audición de los menores en juicio, los siguientes supuestos:

a) cuando así lo solicite el propio menor (con o sin consejo previo de su abogado);

⁴ Véase el ejemplo del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y su servicio de Orientación Jurídica a menores (más información en: <https://www.icas.es/orientacion-juridica-gratuita/orientacion-juridica-a-menores/>).

b) cuando haya discrepancia entre los progenitores respecto de alguna de las medidas a adoptar que afecten al menor;

c) cuando el juez de oficio considere que el acuerdo o convenio o actuación procesal a desarrollar no salvaguarda debidamente los derechos e intereses del menor. Téngase en cuenta que el acuerdo de las partes, en estos procesos, no debería vincular al juez en las cuestiones de *ius cogens*;

d) cuando lo solicite el Ministerio Fiscal o el defensor judicial nombrado en favor del menor y justifique la necesidad o beneficio de esa audición para el menor.

En cuanto a la forma en que se debe hacer esta audición y no existiendo unidad de criterio es conveniente examinar la normativa en vigor y así se aprecia que dicha audiencia debiera realizarse de acuerdo con las siguientes premisas:

a) Previamente a iniciarse lo que es en sí la audiencia, se debe ofrecer al menor una información veraz, completa y adecuada a las condiciones de edad y madurez de este, sobre lo que se está decidiendo en dicho proceso judicial y en qué medida le va a afectar. En este sentido la Directiva Europea 2016/800/UE, relativa a garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, anticipa en su Considerando 19 la necesidad de que “Los menores deben recibir información sobre los aspectos generales del desarrollo del proceso. Con este fin se les debe facilitar, en particular, una breve explicación de las posteriores fases procesales, en la medida en que sea posible en interés del proceso penal, y sobre la función de las autoridades que intervienen. La información que se facilite debe depender de las circunstancias de cada caso”.

b) La audiencia de los menores se debe realizar respetando las condiciones necesarias de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión, que salvaguarde al máximo la dignidad y personalidad del menor. Evitándole en la medida de lo posible sufrir la sensación de estar traicionando a uno u otro progenitor o de tener que elegir entre uno y otro progenitor.

c) Se debe hacer en un lugar adecuado y cómodo, que hoy por hoy será el despacho del juez y entre otras, una sala adecuada y debidamente equipada para realizar estas audiencias (Cámaras de Hessel).

d) Se debe hacer en un idioma y lenguajes adaptado a su capacidad de entendimiento.

e) Es conveniente, a criterio del Juez, que se debería realizar sin la presencia de los padres, tutores o guardadores, para garantizar un testimonio más libre y espontáneo.

f) Se debería realizar con presencia del Ministerio Fiscal y del defensor judicial; en cuanto no dejan de ser colaboradores del juez y promotores de la justicia en defensa de los intereses y derechos de los menores e incapacitados.

g) Pese a no ser una prueba en sentido estricto, sí se debería documentar por el Letrado de la Administración de Justicia (en el caso español), aunque no de forma literal; sino mediante un acta en el que se recogerían de forma sucinta las alegaciones y manifestaciones que tengan trascendencia para adoptar las medidas que afecten al menor, pero que, por razones de intimidación, dignidad y a fin de presiones y conflictos de fidelidades ante uno u otro progenitor. Será el juez quien valore la conveniencia, o no, de la grabación de dicha audiencia. En caso de procederse en este sentido, también valorará las medidas de protección del menor y del testimonio prestado que considere oportunas (acceso a la grabación, depósito y custodia de esta, medidas de protección de la imagen del menor, etcétera).

h) Dicha audiencia debe transcurrir como un dialogo no forzado con el menor, nunca como un interrogatorio; cuya finalidad es que el juez conozca cual es la relación del menor con el asunto, y averiguar el cauce más adecuado para proteger los derechos e intereses del menor y favorecer el desarrollo integral del menor como persona.

i) La Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas permite que el menor sea oído de forma indirecta a través de personas de confianza por él designadas o por los propios representantes legales, siempre y cuando en este último caso no exista conflicto de intereses (conflicto que es evidente, por ejemplo, en los procesos matrimoniales). Haciendo una interpretación lógica y sistemática de toda la normativa aplicable, en beneficio del menor, no habría inconveniente alguno en que se oiga por escrito al menor a través de documento manuscrito por el propio menor, confeccionado con las debidas garantías.

j) Por último, destacar que esta audición de los menores no es una diligencia que esté en manos del juez, del fiscal o de los propios progenitores, sino que es un derecho del menor, cuya vulneración constituye una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los menores. De ahí que cuando un menor quiera hablar con el juez, este no puede negarse a recibirlo; salvo que esa decisión la adopte mediante resolución motivada, que deberá comunicar al Ministerio Fiscal y al propio menor.

La cuestión de si el menor que ha sido oído por el juez en audiencia reservada puede declarar testigo debe resolverse afirmativamente, al existir compatibilidad, pues ambas comparecencias tienen una finalidad y un objeto distinto y existe una diferencia clara entre la declaración del menor como testigo y su audiencia reservada, tanto en la forma en que se debe hacer una y otra como en su documentación.

Una de las notas más importantes de la realización de la audiencia del menor es la de su reserva o confidencialidad, derivada de su situación personal y de la rigurosa protección de su intimidad. En este sentido, y partiendo del principio de confidencialidad y reserva de la audiencia del menor, puede plantearse si conviene su grabación para archivo en soportes audiovisuales o bien si ha de meritarse su realización a través de acta que cumplimentará el Letrado de la Administración de Justicia con la supervisión y autorización del Juez. Finalmente, la posibilidad, o no, de entregar copia de dichos soportes (sea audiovisual o acta) a los letrados de las partes intervinientes. Tres son las posiciones al respecto: desde la más restrictiva que entiende que no procede la grabación ni la realización de acta en que conste la declaración del menor y sus manifestaciones y opiniones, basada en la supremacía de la defensa del derecho a la intimidad del menor, requiriéndose únicamente un acta de constancia de la fecha, hora y lugar de la audiencia así como de la mención de quienes han estado presentes, hasta el extremo opuesto postulando que debe, cuando menos, levantarse un acta detallada de las manifestaciones del menor, sobre la línea argumental que ello afecta al derecho de defensa y nada de lo practicado en las actuaciones puede permanecer oculto a los letrados, a los efectos de un eventual recurso. No faltan posiciones intermedias que, tratando de conciliar el derecho a la intimidad del menor y el derecho de defensa del letrado, sostienen que puede levantarse un acta, no necesariamente detallada, facultándose al juez para recoger aquellas manifestaciones que no comprometan la intimidad.

Otros incluso entienden que el juez podría facilitar una información oral a los letrados del contenido de la audiencia.

V. EL ABOGADO DEL NIÑO: JUSTIFICACIÓN Y REFERENCIAS

La adecuada defensa y protección procesal de los derechos e intereses del menor en el proceso descansa, indiscutiblemente, sobre el Letrado que asume su defensa jurídica. Más acuciante, si cabe, se hace dicha necesidad cuando nos encontramos ante un menor infractor. Partiendo del ejercicio general de la abogacía, y la idoneidad genérica de todo Letrado para prestar la debida y adecuada defensa jurídica al menor, se ha ido abriendo camino, de forma inicial y con pujanza en Argentina (art. 27 inciso c) Ley 26.061), la figura del que se denomina "Abogado del niño", o quizá más convenientemente, Abogado del menor (aglutinando niños y adolescentes por cuanto personalmente valoramos muy idónea esta figura para ambos casos), como letrado muy cualificado en estas funciones. Evidentemente, es una figura jurídica derivada del derecho del niño/adolescente a ser escuchado, así como a participar en toda cuestión que le afecte, consagrado en el reiterado art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

En el concreto caso de Argentina, el Código Civil y Comercial, en el art. 25, define al menor de edad como toda persona que no adquirió los 18 años, reservando la denominación de "adolescente" para los que están dentro de la franja de los 13 a los 18 años, y la de "niño" para aquellos que se encuentren entre los 0 a 12 años. Ciertamente la aparición de la figura del Abogado del niño responde, entre otras cuestiones, a la importancia y relevancia actual de la concesión de participación directa del menor en el proceso judicial y para las cuestiones que le incumben, como titulares de derechos, abandonando antiguas líneas más proteccionistas en que el menor apenas tenía cabida y participación en el proceso judicial. En este sentido, por tanto, es coherente, dentro de una línea de protección integral del menor, la instauración de la figura del Abogado del niño. Respetando la denominación de origen, argentina, insistimos que puede ser de mayor precisión aludir a este letrado cualificado como "Abogado del menor", por cuanto el término niño se asocia, habitualmente a menores que no superan los diez o doce años, y nuestra propuesta va encaminada a un abogado especialista y especializado en menores, tanto niños (hasta 12 años) como adolescentes (de 12 a 18 años).

Como señalábamos, Argentina ha aprobado diversas normas específicas, tanto en el ámbito nacional como local, que reconocen el derecho del niño/a contar con un abogado. Indicamos seguidamente la referencia de las mismas por cuanto son el embrión desde el cual pueden efectuarse consideraciones legales sobre la figura estudiada.

1) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

La ley Nacional 26.061 (Argentina) consagra la figura del abogado del niño en su artículo 27, inciso c) según el cual “[el niño tiene derecho] a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya (...)”. El Decreto 415/07, reglamentario de la Ley 26.061, indica que: “El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”.

2) Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 26.994 (Argentina) según la cual el Congreso de la Nación sancionó un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual reconoce en el artículo 26 el derecho de los niños a la asistencia letrada estableciendo que: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada (...)”.

3) Ley 14.568 de la Provincia de Buenos Aires.

Como marco teórico y origen de referencia del instituto jurídico procesal del Abogado del niño, prevé dicha figura con la labor principal de tener conferida la representación de los intereses personales e individuales de las personas menores de edad ante cualquier procedimiento civil, familiar, o administrativo que los afecte. E incluso, personalmente, no veo obstáculo para que, como venimos

indicando, asuma funciones en materia penal tanto con el menor infractor como con el menor víctima.

Ciertamente se percibe un auge, y moda, de la figura del abogado del niño en el entorno iberoamericano, especialmente en la parte Sur del continente, al valorarse y aplicarse esta figura dentro de normas legales o de intervenciones institucionales en países, entre otros, como: Guatemala (Ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia), México (Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes), Chile (de carácter institucional a través del Servicio Nacional de Menores -SENAME-), Ecuador (Código de la niñez y adolescencia), Uruguay (Código de la niñez y adolescencia), Paraguay (Código de la niñez y la adolescencia), Nicaragua (Código de la niñez y la adolescencia) o Perú (Código de los niños y adolescentes).

1. Especialización y principios básicos de actuación

La Convención sobre los Derechos del Niño encarna, como ya hemos venido indicando, la formalización a nivel internacional de un nuevo paradigma para la consideración de la infancia y la adolescencia tanto desde el punto de vista legal como del establecimiento de políticas legislativas y públicas adecuadas y especializadas.

El abogado del niño (menor) resulta una figura de gran utilidad para la materialización de los derechos de un menor de edad, que no debe estar supeditado ni a edades rígidas ni a la existencia de conflicto con sus progenitores. Este derecho también confiere la libertad de elección del profesional que quiere que lleve adelante su patrocinio y defensa letrada. El menor es un sujeto de derecho particular y con normativa y situación personal muy específica, de ahí que se requieran abogados especialistas en el derecho de los menores, y no solo desde una pura y estricta vertiente jurídico-legal sino también desde el abordaje psico-social y emocional del menor, de sus particularidades.

La especialización del Abogado del niño (menor) se asienta sobre referencias normativas, como hemos indicado en el concreto supuesto de Argentina, viéndose reflejadas, por ejemplo, a nivel institucional y corporativo en la creación de un Registro Provincial de Abogados del Niño, como es el caso del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. En el mismo: "...podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial

que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificado por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia (...)

La figura del abogado del niño (menor) ha de diferenciarse, asimismo, de otras figuras jurídicas cercanas como es el caso de: los asesores de incapaces, el defensor penal juvenil o el defensor de los derechos del niño o el defensor judicial. Su singularidad se aprecia nítidamente desde un cambio en el paradigma en lo que respecta a la protección de los derechos de un niño como sujeto de derechos y cuando se reconoce la activa participación del menor debidamente asistido de letrado en el proceso judicial como realidad impostergable. Siempre, eso sí, desde la valoración individual de la situación de cada menor de edad en su caso particular, más aún en justicia juvenil y cuando se dispongan de evaluaciones criminológicas del menor infractor. La incorporación del abogado del niño (menor) constituye una opción novedosa, que cumple y coincide con el postulado moderno de protección integral del niño, en consonancia con los instrumentos internacionales en lo que hace a su legítima y activa participación respetándolo como sujeto activo y titular de derechos dentro del proceso judicial.

2. Ámbitos de intervención

El abogado del niño deberá representar y defender jurídicamente, en relación con los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes, de forma legal y en cualquier procedimiento civil, penal o administrativo (e incluso laboral si procediese) que los afecte, en el que el menor intervenga en carácter de parte e, incluso, como tercero. Además, podrá asesorar al menor si se viese afectado o concernido en vías extrajudiciales de resolución de litigios (mediación, conciliación o arbitraje). Se trata por tanto de una intervención jurídica amplia y siempre en defensa exclusiva del menor, ya sea frente a familiares u otros terceros.

3. Designación

Vinculando de nuevo la cuestión a Argentina, como modelo de regulación específica de esta figura, apreciamos que concurren diversas posiciones en relación con la designación del Abogado del niño. Analizando la normativa aplicable en

Argentina, nos encontramos con que no determina ningún sistema específico de elección o designación del abogado del niño. Apenas se dispone de forma muy genérica que la asistencia jurídica y defensa técnica será provista a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos y en el principio del interés superior del niño. Las normas de aplicación, al referirse a "los criterios interdisciplinarios" de intervención, pueden interpretarse como que parecería que descartase la presentación espontánea del niño con su abogado. De entrada, parece cuestionable la capacidad e intelección del niño para designar a un abogado. En ese sentido, la postura restrictiva tiene su basamento en el sistema cronológico de la capacidad y sostiene que el niño menor de 14 años, carece de capacidad de hecho para realizar por sí mismos actos jurídicos, y por lo tanto precisa de asistencia de un abogado, que integre la falta de capacidad procesal (especialmente si litiga frente a sus progenitores o tutores que podrían integrar dicha carencia procesal). Una tesis intermedia intenta armonizar el principio de la autonomía progresiva y el derecho a la defensa técnica. Sostiene que el niño, en función de su capacidad progresiva podrá designar abogados que representen en el proceso su interés particular. En caso que los niños no tengan madurez suficiente, tienen derecho al patrocinio letrado a través de la figura del tutor ad litem, designado por el juez, independientemente de la voluntad del niño.

La postura más aperturista sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso legal. Por lo tanto, la representación del niño por un abogado siempre será procedente independientemente de la edad y madurez progresiva del niño. En ese sentido, se ha sostenido que, sin dudas, todo niño que se ve afectado por un proceso tiene derecho a designar un abogado de su confianza, desde el inicio del proceso administrativo o judicial que lo involucre y hasta su finalización. En caso de que no lo designe, el Estado le deberá asignar uno de oficio, y a poder ser de los ubicados en secciones o turnos especializados en asistencia jurídica a menores de edad.

Es indiscutible que el derecho a la asistencia letrada debe garantizarse cada vez que el niño lo solicite atendiendo al principio de la autonomía progresiva, y por lo tanto, no susceptible de restricciones arbitrarias en función de la edad cronológica del niño, lo cual nos ubicaría en la segunda de las posturas expresadas. Reiteramos que La Convención sobre los Derechos del Niño garantiza el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta.

4. Honorarios al abogado del niño

El ejercicio de funciones letradas al servicio del niño, lógicamente, devenga unos honorarios profesionales. El artículo 4 de la Convención de Derechos del Niño es norma de referencia inicial, por cuanto dispone que: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (...)”*. ¿Debemos entender entonces que, para lograr la efectividad del derecho del menor contar con letrado que le asista jurídicamente, el Estado que poner a su disposición un abogado? De ser positiva la respuesta, dicho coste iría vinculado a una asistencia jurídica gratuita que deberá asumir económicamente el Estado, retribuyendo al Abogado que asume esta función. En el concreto caso argentino, el artículo 5 de la ley 14.568 prevé que: *“El Estado Provincial se hará cargo del pago de las acciones derivadas de la actuación de los abogados patrocinantes de los niños...”*. Sin embargo, la ley no aclara a que se refiere con la expresión *“las acciones derivadas de la actuación”*. En caso de asumir dichos pagos, serían de aplicación las respectivas normas sobre regulación de honorarios del abogado por sus actuaciones procesales y extraprocesales en patrocinio del menor.

Nos encontramos por tanto ante un tema que, dada la circunstancia madurativa del menor y su (in)capacidad económica para costear un abogado de sus propios recursos económicos, aconseja que la prestación de dicho servicio, y el abono consiguiente de los honorarios devengados, se vincule a la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita legalmente regulados.

VI. CONCLUSIONES FINALES

1. El derecho fundamental del niño (menor) a ser oído/escuchado dentro del ámbito procesal, e interpretado conforme el principio de autonomía progresiva, amplía su capacidad procesal hasta el ejercicio del mismo en todo proceso judicial donde se decidan cuestiones que puedan afectarle, entendida como la aptitud legal de formular personalmente peticiones o contradecir válidamente, considerando su situación personal y las condiciones de madurez e intelección que cada menor acredite.

2. La presunción *“iuris tantum”* de que todo adolescente posee suficiente autonomía para intervenir en un proceso, fundamentalmente de manera autónoma

con asistencia letrada sin perjuicio de la concurrencia con sus progenitores o tutores legales, debe entenderse bajo la circunstancia procesal de que los menores no necesitarían de autorización judicial previa a tal fin.

3. Los principios básicos a observar son en la intervención procesal del menor son: el derecho a tutela judicial efectiva, derecho a ser oído/escuchado (participar directamente) y que su opinión sea considerada, así como su vinculación con los principios de autonomía progresiva, interés superior del menor, oralidad, inmediación, acceso limitado al expediente, flexibilidad de las formas y oficiosidad.

4. El abogado del niño (menor) debe ser una figura específica dentro del ejercicio de la abogacía, que asume la dirección letrada y representación procesal del menor en juicio de que se trate y cuyo objetivo es asegurar una defensa técnica idónea y apropiada a sus particularidades y condiciones en virtud de una capacitación y especialización previa y acreditada.

5. Los registros o secciones de abogados especializados en menores deben exigir la acreditación de idoneidad técnica y ética, mediante la consideración de los antecedentes profesionales y de capacitación de los abogados que se inscriban, quienes deben ser especialistas en derecho de las familias, niñez y adolescencia, sin perjuicio de su idoneidad en la rama del derecho atinente al proceso en el que deben intervenir, como puede ser el caso de justicia juvenil con menores infractores.

6. Es fundamental asegurar legal e institucionalmente la adecuada información al niño sobre su derecho a ser oído/escuchado y, en caso que evidencie suficiente autonomía, a la designación de abogado (del niño o menor) que patrocine jurídicamente sus derechos en sede judicial.

Bibliografía

- AA.VV. *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, Ed. UNICEF y Defensoría General de la Nación. Ciudad de Buenos Aires, 2011 disponible en http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro_Ninos_UNICEF.pdf
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. "El acceso a la información como derecho". *Anuario de Derecho a la Comunicación*; Año 1 Vol. 1, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2000.
- BIGLIARDI, K. A. "El abogado del Niño", *LA LEY*, Buenos Aires, núm. 10, 2015, págs. 1067-1068.
- GARCIMARTÍN MORENO, R. "El menor en el proceso civil", *Anuario de Justicia de Menores*, núm. 17, 2017, págs. 71-105.
- JAÚREGUI, R., "La Corte Suprema y un fallo que deja dudas a propósito de la intervención del Abogado del niño", *DFyP*, 2012.
- JIMÉNEZ FORTEA, F.J. "La normativa internacional aplicable al enjuiciamiento de los menores delincuentes", *Anuario de Justicia de Menores*, núm., 16, 2016, págs. 171-189.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *Justicia restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.
- LARO GONZÁLEZ, M.E. "Derechos y garantías del menor en el proceso penal. Armonización legislativa y necesidades procesales", *La Ley Unión Europea*, núm., 73, 2019.
- LEONARDI, C., "Autonomía progresiva y la asistencia letrada de niños, niñas y adolescentes en el Proyecto de Código Civil". *Boletín Digital "Errenews"*, 2014.
- LUCERO, M. *Implementación del abogado del niño desde la órbita del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Asesoría General Tutelar. Oficina de Investigación y Análisis de Gestión, 2012.

MARTÍN OSTOS, J. "Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia de la República de Nicaragua: aspectos generales, derechos y garantías fundamentales", *Anuario de Justicia de Menores*, núm., 12, 2012, págs. 203-258.

MARTÍN OSTOS, J. "La instrucción del fiscal en el proceso penal de menores: punta de lanza de la reforma procesal que viene", *Anuario de Justicia de Menores*, núm., 13, 2013, págs. 13-49.

MARTÍN OSTOS, J. *Jurisdicción de menores*, Librería Bosch, Barcelona, 1994.

MINYERSKY N. y HERRERA M. "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.), Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

PÉREZ MANRIQUE, R, "Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes". *Justicia y Derechos del Niño. Número 8*. UNICEF, 2006, disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf>

PÉREZ MARÍN, M.A. "Una propuesta de armonización para el derecho procesal del menor en la Unión Europea", *Anuario de Justicia de Menores*, núm., 14, 2014, págs. 269-321.

PILLADO GONZÁLEZ, E. "Implicaciones de la directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la ley de responsabilidad penal del menor", *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, num., 48, 2019.

PINTO, M. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos"; *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 1997.

RAMÍREZ BENAVENTE, M.D. "El derecho del menor a ser escuchado: un derecho fundamental de carácter procesal", *Anuario de Justicia de Menores*, núm., 18, 2018, págs. 213-221.

- RAVETLLAT BALLESTRE, I. "El defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Argentina De dónde venimos para saber hacia dónde vamos", *La Ley*, Buenos Aires, núm., 200, 2018.
- ROBLEDO, D. "Abogados/as de los niños, niñas y adolescentes: reflexiones desde el derecho procesal", *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. IV, núm., 1, 2013, págs. 259-283.
- RODRÍGUEZ, L. "Admisibilidad, rol y facultades del abogado de niñas, niños y adolescentes". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Vol. 10, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- RODRÍGUEZ, L. "El derecho de defensa técnica de niños, niñas y adolescentes en el Proyecto", *DFyP*, 2012.
- SANZ HERMIDA, A. "El derecho del niño a ser oído. A propósito de las recientes reformas en el sistema legislativo español y su incidencia en la declaración del menor como víctima del delito", *Anuario de Justicia de Menores*, núm., 16, 2016, págs. 13-39.

¿ES CONVENIENTE EL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE MENORES Y MAYORES DE EDAD INVOLUCRADOS EN DELITOS CONEXOS?

Pilar Martín Ríos¹

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. EL ACTUAL SISTEMA DE TRAMITACIÓN SEPARADA. II. LA RELACIÓN ENTRE LAS INVESTIGACIONES REALIZADAS EN AMBOS PROCESOS. 1. El desarrollo de las respectivas investigaciones: separación e interacción. 2. Recíproca incidencia de las decisiones adoptadas, en la fase de investigación, en uno y otro proceso. A) La declaración de secreto de sumario en una de las causas. B) La conclusión de la instrucción en una de las causas. III. VÍNCULOS ENTRE LAS FASES INTERMEDIA Y DE ENJUICIAMIENTO DE AMBOS PROCESOS. IV. CUESTIONES QUE SUSCITA LA DECLARACIÓN EN UN PROCESO DE QUIEN ES INVESTIGADO/ ENCAUSADO EN EL OTRO. 1. Ideas previas: la indefinición de su rol procesal. 2. La declaración de quien es investigado en el otro proceso: práctica y valoración. 3. Cuando la declaración se presta por quien ha sido ya juzgado. V. DIFICULTADES QUE SURGEN TRAS LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO: LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE RESOLUCIONES. 1. La posible contradicción entre resoluciones. 2. La imposibilidad de plantear recurso de revisión. VI. ¿ES CONVENIENTE LA UNIFICACIÓN DE PROCESOS? MUCHAS LUCES Y ALGUNA SOMBRA.

I. EL ACTUAL SISTEMA DE TRAMITACIÓN SEPARADA

Como es sabido, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en su art. 17.2º, contempla la investigación y enjuiciamiento unificado de delitos que se consideren conexos. Del mismo modo, en el ámbito de la jurisdicción penal especializada, el art. 20.1 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), prevé la incoación de un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos.

¹ pilarmar@us.es

La perpetración de unos hechos delictivos de forma conjunta, o bien su comisión en distintos lugares y tiempos –previo concierto entre quienes participen en la misma–, constituye el supuesto paradigmático de conexidad.

A pesar de lo afirmado, lo cierto es que cabe la posibilidad de que, en algunas ocasiones, se proceda separadamente respecto de quienes aparecen involucrados en la comisión de delitos conexos. Así sucede, por ejemplo, cuando se entienda que el enjuiciamiento conjunto pueda dar origen a una excesiva complejidad o dilación del caso² (art. 17.1 LECrim) y, también, cuando los hechos en cuestión hayan sido cometidos conjuntamente por mayores y menores de edad.

El art. 16.5 LORPM establece³, para dichos casos, una excepción a la acumulación subjetiva, disponiendo la tramitación de un procedimiento separado para el mayor y el menor de edad⁴. A pesar de que el precepto se refiera a los supuestos de actuación conjunta, entendemos que dicha previsión es de aplicación, también, a los de actuación coordinada entre mayores y menores.

A lo largo del presente trabajo examinaremos los problemas que surgen como consecuencia de la referida separación y la consiguiente duplicidad de actuaciones que esta comporta.

² Como expresamente se advierte desde la reforma introducida en la LECrim por la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

³ Con carácter novedoso, pues ni la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 ni la Ley Orgánica 4/1992 sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores contenían ninguna previsión al respecto.

⁴ “Cuando los hechos (...) hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo”.

II. LA RELACIÓN ENTRE LAS INVESTIGACIONES REALIZADAS EN AMBOS PROCESOS

1. El desarrollo de las respectivas investigaciones: separación e interacción

De acuerdo con la norma vigente, la separación en la tramitación de ambos procesos se extiende, también, a su fase de instrucción. Ha de admitirse que, desde un punto de vista teórico, cabría plantear que esa diferenciación alcanzara, únicamente, al momento del enjuiciamiento y la fase de investigación fuera, por el contrario, común a ambos procesos. Pese a ello, en el caso que nos ocupa no solo se establece esa instrucción diferenciada, sino que la misma se atribuye a órganos de distinta naturaleza, sujetos a sus propios principios de actuación⁵.

Sin embargo –y a pesar de que, como consecuencia de lo anterior, pudiera pensarse en dos investigaciones que transcurren de forma paralela, sin conexión alguna–, lo cierto es que la relación entre ellas ha de ser estrecha. No olvidemos que, a la postre, se trata de la investigación de unos mismos hechos en los que, además, sus responsables han actuado de forma conjunta o coordinada.

Aparentemente ajena a esta realidad, la LORPM es excesivamente parca en la regulación de las relaciones entre ambos procesos. Solo contempla⁶, de hecho, el supuesto de que el Juez de Instrucción, en el desarrollo de su labor, compruebe que, junto a los adultos investigados, en los mismos hechos aparecen involucrados menores de edad. En tal caso, se dispone que este habrá de adoptar las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad, así como ordenar remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, en lo relativo a los menores. Recibida tal información, el Fiscal habrá de actuar conforme dispone el art. 16.2 LORPM, esto es, practicando las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión.

Aunque la LORPM no lo prevea, también sería factible la producción del supuesto inverso: esto es, que sea el Fiscal de Menores quien, en la formación del

⁵ Al menos, hasta que el reciente Anteproyecto de LECrim, de noviembre de 2020, se convierta –en su caso– en Ley.

⁶ Art. 16.5 LORPM.

expediente, advierta la mayoría de edad de alguno de los involucrados en el delito investigado. En ese caso, será él quien deba hacer lo propio y proceder a tal remisión de testimonios al Juez de Instrucción.

Fuera de esta hipótesis, la LORPM no hace ninguna otra referencia a la comunicación que ha de existir entre ambos órganos instructores. Es la *Circular 9/2011, de 16 de noviembre, de la FGE, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, la que desciende más al detalle, e incluye un apartado *ad hoc* en el que se dan las instrucciones precisas para que exista una verdadera coordinación entre ambas investigaciones:

“En estos casos es preciso incrementar la diligencia en la fase de instrucción, con el fin de evitar actuaciones descoordinadas y resoluciones divergentes, particularmente, cuando se trate de causas seguidas por los delitos más graves. La actuación de las Fiscalías Provinciales, tanto la Sección de Menores como la Sección Penal ordinaria, deberá estar convenientemente coordinada y orientada, de forma que se evidencie una postura unitaria y coherente, resultando para ello esencial la labor de coordinación de los Fiscales Decanos, Delegados o incluso de las Jefaturas Provinciales o de Área correspondientes”.

Más allá de estas indicaciones genéricas, la FGE insta, a través de la Circular referida, a la recíproca remisión de testimonios⁷ –que habrán de comprender las declaraciones de víctimas y de investigados, así como las resoluciones que se hayan podido acordar sobre medidas cautelares– entre la Sección de Menores de la Fiscalía y el Juzgado de Instrucción competente. Tal exigencia de comunicación pone de relieve el vínculo que, pese a su tramitación separada, existirá entre ambas instrucciones.

Dicha relación se aprecia, igualmente, en las diligencias de investigación que hayan de practicarse en esta primera fase del procedimiento. Respecto a ellas, la Circular dispone que el Ministerio Fiscal y el Juzgado de Instrucción habrán de remitirse, recíprocamente, testimonio de las declaraciones que se realicen en esta primera fase. Además, prevé que los informes periciales que se hagan en una sede sean, igualmente, comunicados a la otra. Así, contempla como hipótesis

⁷ Se señala, asimismo, que dichos testimonios han de ser anticipados a través de fax.

más frecuente –desconocemos por qué motivo– la de que esos informes periciales sean primero realizados en la causa que lleva el Juzgado de Instrucción, disponiéndose que, en tal caso, deberá expedirse testimonio para su unión al expediente de reforma del menor. Junto a esta posibilidad, contempla, de forma secundaria, un segundo escenario: que la iniciativa para solicitar la realización de pericias haya correspondido al Fiscal de Menores, con la intención de “sortear el riesgo de consumir los breves plazos de la medida cautelar del art. 28 LORPM”. Cuando sea el Fiscal quien las acuerde en su expediente, habrá de remitir copia al Juzgado de Instrucción que conozca de la causa.

Ignoramos por qué motivo se contempla como supuesto “normal” el que la iniciativa para la realización de un informe pericial la haya tomado el Juez de Instrucción y solo excepcionalmente se prevea que haya sido en el expediente de reforma del menor donde se haya acordado su práctica en primer lugar. Desde luego, la praxis no revela que esta segunda sea una situación inusual. Más aún, si la celeridad ha de ser mayor en los procesos de menores⁸, ¿por qué entender que, en este punto, serían menos diligentes que el Juzgado de Instrucción? Repárese, además, en que no se trata de una actuación que precise, por afectación de derechos fundamentales, control judicial alguno que pudiera dilatar su práctica.

El hecho de que, como se dijo, se prevea la recíproca remisión de testimonios de las diligencias practicadas hace surgir una nueva incógnita: ¿significa que no han de repetirse en un proceso las ya realizadas en el otro? Aquellas que fueran de carácter “objetivo” no serían de necesaria repetición⁹, y revestirían una especial importancia ante el caso de que fuera necesaria una reconstrucción de sumario. Por lo que hace al resto, la innecesariedad de que vuelvan a practicarse

⁸ Dado el breve plazo con que se cuenta para legalizar la situación del menor detenido (art. 17.5 LORPM).

⁹ Así, la sentencia del Juzgado de Menores de Sevilla, de 24 de marzo de 2011 (ECLI: ES:JMESE:2011:1), considera absurdo que se repitan en los dos procedimientos “diligencias de instrucción que tienen un marcado carácter objetivo como pueden ser, a título de ejemplo, diligencias de recogida de huellas o informes periciales de análisis de restos biológicos o similares en los que la falta de contradicción en fase de instrucción se subsana en el acto de la audiencia con la declaración testifical o pericial de los agentes que las practicaron e, incluso, puede admitirse que no se dupliquen determinadas declaraciones testificales en las que igualmente se puede subsanar la falta de contradicción en el acto de la audiencia ya que los testigos tienen obligación de declarar en el acto de la audiencia”.

no implica que el Juez de Instrucción tenga que contentarse con las que se realicen por el Ministerio Fiscal en el expediente de menores, ni viceversa.

Especialmente delicado sería el supuesto de que se tratara de utilizar como prueba de cargo una declaración prestada por el adulto contra el menor en la fase de instrucción del procedimiento de adultos, sin que luego se hubiera interesado su práctica en el expediente de reforma y sin que, en definitiva, se hubiera satisfecho el derecho de contradicción del menor. Puesto que –como tendremos ocasión de examinar en un apartado posterior– el menor interviene como testigo en el proceso seguido contra el adulto, lo haría sin la asistencia de abogado¹⁰ y sin tener ocasión de realizar pregunta alguna. En estos casos, lo recomendable sería interesar que el adulto declarara en el expediente de reforma, de modo que los derechos del menor se vieran salvaguardados; de lo contrario, procedería el rechazo del valor probatorio de dicha declaración¹¹.

2. Recíproca incidencia de las decisiones adoptadas, en la fase de investigación, en uno y otro proceso

A) La declaración de secreto de sumario en una de las causas

En la tramitación separada de ambas causas puede suceder que la declaración de secreto de sumario se realice solo sobre una de las instrucciones¹². Pudiera pasar, igualmente, que, declarado en ambas, en una se alce antes que en la otra¹³.

En tales circunstancias, el secreto que se mantuviera pudiera verse afectado por la difusión de información que tuviese lugar en la otra causa¹⁴, lo que podría

¹⁰ La situación cambiaría cuando el actual Anteproyecto de LECrim se convirtiera en Ley. *Vid.*, al respecto, el apartado IV.2 del presente trabajo.

¹¹ Como bien se indica en la sentencia del Juzgado de Menores de Sevilla, de 24 de marzo de 2011 (ECLI: ES:JMESE:2011:1). A la misma conclusión llega la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347).

¹² Conforme al art. 24 LORPM, para el proceso de menores, y de acuerdo con el art. 302 LECrim, para el de adultos.

¹³ Habitualmente, será en el proceso de menores en el que se alce el secreto en primer lugar, habida cuenta de que su instrucción, presumiblemente, finalizará antes.

¹⁴ Este problema ha sido destacado, igualmente, por la ya aludida Circular 9/2011.

tener indeseables consecuencias en el devenir de la investigación. Una adecuada coordinación entre los órganos instructores sería imprescindible para evitar esas interferencias; así, por ejemplo, podría optarse por prolongar el secreto solo de modo parcial, acordándose qué datos –y durante cuánto tiempo– convendría mantener reservados.

B) La conclusión de la instrucción en una de las causas

La tramitación separada de estas dos instrucciones, judicial y fiscal, se topa con otra dificultad: la diferente concepción de cada uno de los procesos en que tienen lugar. El hecho, por ejemplo, de que la celeridad constituya un principio informador de la Justicia juvenil suscita alguna dificultad de coordinación entre las instrucciones que, aun desarrollándose de forma separada, presentan, como se vio, una indudable conexión.

Teniendo en cuenta tal realidad, la *Circular 9/2011* aclara que la conclusión del expediente en Fiscalía no puede estar a expensas de los avatares que se produzcan en la instrucción de la causa para los mayores de edad implicados. Por tal motivo, una vez que en el expediente de reforma se cuente con datos suficientes que acrediten la participación del menor, el Ministerio Fiscal deberá proceder a su cierre, sea cual fuere el estado en que se encontrase la causa que se siguiera en el Juzgado de Instrucción. Se hace, no obstante, una importante salvedad: “cuando la constatación de la participación de los menores en los hechos dependa exclusivamente de las diligencias ordenadas por el Juez de Instrucción en la causa de adultos, y pendientes de cumplimiento, se estará a la espera de su resultado”.

Son estrictas razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como señala la propia Circular, las que avalan esta excepción. A través de su previsión se trata de evitar “el riesgo de que se opte en una jurisdicción por continuar el procedimiento y en la otra no, concurriendo idénticos elementos probatorios para menores y mayores de edad”. Llama la atención, a este respecto, que la preocupación de la FGE por que pueda existir descoordinación o pronunciamientos contradictorios se agote en la hipótesis descrita. Sin embargo, igualmente podrían surgir los mismos problemas cuando, con anterioridad a la conclusión del sumario en el proceso de adultos, sea el Fiscal quien decida no incoar causa contra el menor, habida cuenta del juego del principio de oportunidad en el proceso de menores.

Pese a ello, en tal caso no parece preocupar que en una jurisdicción se decida continuar el procedimiento y en la otra no, a pesar de que la existencia de los mismos elementos probatorios para los menores y los mayores de edad involucrados haga que esta situación sea, a nuestro juicio, igual de inquietante.

III. VÍNCULOS ENTRE LAS FASES INTERMEDIA Y DE ENJUICIAMIENTO DE AMBOS PROCESOS

En todas las causas en que resulten imputados mayores y menores de edad ha de haber una comunicación directa entre los distintos órganos implicados. Así, la *Circular 9/2011* destaca la importancia de que se remitan recíprocamente los testimonios de los escritos de calificación, actas de juicio y sentencias, extremando las precauciones para no agotar los breves plazos de las medidas cautelares acordadas conforme al art. 28 LORPM. A pesar de que no se especifique nada al respecto –y la Circular aborde esta cuestión al hacer referencia, únicamente, a la fase de instrucción (XII.3.4)– es evidente que, en estos casos, la comunicación habrá de entablarse entre los órganos competentes para el enjuiciamiento (el Juzgado de Menores y el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, dependiendo de la gravedad del delito).

La tramitación separada de ambos procesos también plantea dudas acerca de si habrá de duplicarse la práctica de actividad probatoria y de qué valor habríamos de conceder, en su caso, a la prueba practicada en el otro proceso.

Sin duda, no puede afirmarse que la prueba practicada en el primer proceso tendría siempre pleno valor probatorio en el segundo. Acoger, sin más, cualquier actividad probatoria desplegada en el otro proceso comprometería, de una manera inasumible, tanto el fundamental derecho de defensa –que garantiza la contradicción en el seno de un debate oral y público– como el principio de inmediación y la libre valoración de la prueba. Podría, eso sí, ser valorada en este segundo proceso “en unión de las demás existentes”, como admite el TS¹⁵,

¹⁵ Afirma la STS 795/2016, de 25 octubre (ECLI: ES:TS:2016:4622), que, en el ámbito del proceso penal, cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba, por lo que ha de resolverse conforme a su propio contenido, “todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes”. *Vid.*, igualmente, la STS 230/2013, de 27 febrero (ECLI: ES:TS:2013:1402), entre otras posibles.

integrándola en el acervo probatorio de este y permitiendo, así, que sea libremente valorada¹⁶.

Aun cuando podríamos evitar reiterar la práctica de actividad probatoria cuando nos encontrásemos ante pruebas de carácter objetivo, no sucedería igual cuando estas fueran de carácter personal. Las declaraciones de partes y testigos encierran una problemática singular. Por su propia naturaleza, tales medios probatorios que se hayan practicado en uno de esos procesos, por más que estén documentados¹⁷, no vinculan al órgano competente para conocer del otro. Por tal causa, y a pesar de que la repetición de testimonios ante una y otra jurisdicción suponga una pérdida general de calidad en las pruebas¹⁸, aumente la victimización secundaria¹⁹ e incida, de forma negativa, en la agilidad de la tramitación procesal, será siempre necesario que, en el segundo, aquellos se practiquen con todas las garantías necesarias²⁰. Por supuesto, cuando existan razones que lo justifiquen, será viable la anticipación y preconstitución de la prueba. De tal modo, y en cumplimiento del art. 730 LECrim, podrá aportarse dicha prueba documentada si, efectivamente, fuera imposible reproducir dicha declaración en el acto del juicio oral.

¹⁶ Contemplando otras opciones, como que la sentencia dictada en el primer proceso sea incorporada al segundo como medio probatorio, o que esa prueba fuera considerada como diligencia de investigación en el segundo proceso, pasando a formar parte de su instrucción, *vid.* PÉREZ AGUILERA, J. M., *El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el proceso penal* (tesis doctoral inédita, 2018, pp. 364 y 366).

¹⁷ Lo que no le atribuye el carácter de prueba documental, como es sabido.

¹⁸ Como destacó la STS 62/2013, de 29 enero (ECLI: ES:TS:2013:178).

¹⁹ La duplicidad de declaraciones de la víctima del delito en diversas sedes contribuye, sin duda, a aumentar su exposición e incrementar su padecimiento. En este sentido, la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, de la FGE, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, denunciaba los riesgos de victimización secundaria inherentes a la separación de procesos. *Vid.*, en el mismo sentido, la STS 62/2013, de 29 enero (ECLI: ES:TS:2013:178).

²⁰ Para el caso concreto de la declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros partícipes, afirmando esta misma tesis y negando que sea admisible, a los efectos de su valoración probatoria, la aportación de la anterior sentencia de conformidad o del acta del juicio anterior en la que se contenga la declaración del ya condenado, *vid.* la Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros partícipes.

IV. CUESTIONES QUE SUSCITA LA DECLARACIÓN EN UN PROCESO DE QUIEN ES INVESTIGADO/ENCAUSADO EN EL OTRO

1. Ideas previas: la indefinición de su rol procesal

La tramitación separada de ambos procesos crea algunas incertidumbres acerca de la condición procesal que se ostenta cuando quien es investigado en uno ha de intervenir en el otro. Puesto que los hechos objeto de investigación son –al menos, sustancialmente– los mismos, no es extraño que se solicite la intervención del menor en el proceso seguido contra el adulto ni que se haga lo propio con el mayor de edad en el proceso de menores.

Desde un punto de vista formal, han de considerarse terceros en ese otro proceso, lo que determina que solo puedan ser citados para declarar en ellos en calidad de testigos. Sin embargo, con independencia de la categoría a la que pertenezcan como sujetos procesales, lo que interesa es dilucidar su condición *real* cuando actúan de ese modo²¹. En otros términos, mientras que a veces nos encontraremos ante un verdadero testigo –en el que coincidirán plenamente su dimensión formal y sustancial–, en otras ocasiones se apreciará una divergencia entre ambas que aconsejará reconocer a ese testigo “formal” una condición “real” distinta.

No deberemos, pues, detenernos en la condición que nominalmente ostente, sino que habremos de descender al examen del concreto vínculo que aquel interviniente presenta con el objeto del proceso al que es llamado a declarar. De tal determinación puede incluso resultar su asimilación, a ciertos efectos, con un coinculpado.

Las consecuencias de todo ello son notables: como es bien sabido, los testigos han de cumplir con una serie de deberes vinculados a su condición que no son, por el contrario, exigibles a los coinculpados. Importantes efectos se producirían, igualmente, a la hora de otorgar credibilidad al testimonio prestado por los sujetos referidos.

²¹ “Más allá de la mera atribución nominalista de testigo o coimputado, lo determinante es cómo perdura y le afecta su relación con el objeto del proceso” (STS de 21 de diciembre de 2017. ECLI: ES:TS:2017:4666).

Al tratarse de una cuestión que ha de solventarse caso a caso, no sería posible que normativamente se determinara, de forma apriorística, cuál es el vínculo de un concreto testigo con el particular objeto del proceso al que es llamado a declarar y, en consecuencia, cuál es la condición "real" que en él debe ostentar. Pese a ello, en la hipótesis que nos ocupa no parece aventurado suponer que esa relación existirá en cualquier caso, toda vez que los hechos por los que se investiga a los intervinientes en el delito, en una y otra jurisdicción, son los mismos. Por el contrario, la única mención expresa a esta situación –como tendremos ocasión de exponer– concluye que en tales casos se ha de intervenir como testigo. Solo jurisprudencialmente se ha precisado que, pese a actuar como testigo, nos encontramos con un cóculpado desde un punto de vista "real" o "sustancial", por lo que sus declaraciones deben valorarse bajo ese prisma. Aunque esta última aportación aclara –al menos, en cierta medida– la situación de indefinición en que se encuentran estos intervinientes y sus declaraciones, aún sería deseable establecer con nitidez cuál ha de ser su alcance. Si bien existe consenso acerca de que esa peculiar condición afectará al modo en que su declaración haya de valorarse, no sucede lo mismo en cuanto a la forma en que la misma habría de prestarse. En los apartados siguientes abordaremos esta cuestión con mayor detalle.

2. La declaración de quien es investigado en el otro proceso: práctica y valoración

Es evidente que el menor no puede ser considerado ni investigado ni acusado en la causa seguida contra el adulto, y viceversa. De hecho, la sentencia que en ese otro proceso se dicte no se pronunciará sobre su inocencia o culpabilidad. Precisamente por ello, si son llamados a declarar en aquel, solo podrán ser citados formalmente como testigos. Si, en atención a lo expuesto en el apartado precedente, nos centramos en cuál es su relación material con los hechos que conforman el objeto del proceso al que es citado, y no en cuál sea su condición formal en el mismo, repararemos en que existe una relación directa con los hechos enjuiciados; son, de hecho, investigados por esos mismos hechos, aun cuando no lo sean en el mismo procedimiento.

Por tal causa, mayoritariamente se considera²² que, pese a declarar como testigo, la declaración que presta el menor en el proceso de adultos, y la que

²² Es muy ilustrativa la Sentencia del Juzgado de Menores de Lleida de 11 de abril (ECLI: ES:JMEL:2014:18), así como la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347).

realiza el adulto en el proceso seguido contra el menor, tendrán que valorarse como si de declaraciones de coinvestigados se tratase. Repárese en lo extraño de la situación: siendo citados como testigos, su testimonio será tenido en cuenta de igual modo –esto es, con idénticas prevenciones– que si se tratase de investigados en una misma causa. De tal manera, esas declaraciones habrán de ponderarse aplicando unas pautas de valoración de su credibilidad que son particularmente rigurosas –como han venido advirtiendo TS y TC²³– y que suponen algo más que simples orientaciones.

Surge, en torno a este punto, otro interrogante: con independencia de que su testimonio tenga que tomarse como el de un coinculpado, ¿también en estos supuestos se permite que en su declaración se acoja a las prerrogativas que tiene cualquiera de ellos? Dicho de otro modo: ¿podrá acogerse tanto al derecho de defensa como a los considerados derechos instrumentales del mismo, recogidos en el art. 118 LECrim²⁴? Si faltase a la verdad en su declaración, ¿incurriría en responsabilidad penal?

Las resoluciones examinadas, tanto de Juzgados de Menores como de TS y TC, aluden únicamente al valor que habrá de conferirse a la declaración prestada en estas circunstancias. Tiene que reconocerse, igualmente, que en el ámbito del proceso penal cabe la intervención de testigos que, presentando peculiaridades en la valoración de sus declaraciones –como sucede con las víctimas del delito–, no pueden –a salvo la dispensa del art. 416 LECrim– acogerse al derecho a guardar silencio. En estos casos, tampoco es extraño que existan condenas por falso testimonio, puesto que prestar declaraciones falaces sí conlleva consecuencias penales. Distinta sería la declaración de quien es coinculpado y, por tanto, parte: para que tenga virtualidad probatoria, habrá de ir acompañada de una mínima corroboración y, si se demuestra la falsedad del testimonio que prestó, no habrá de soportar consecuencia penal alguna, al entenderse cubierta dicha actitud por el legítimo ejercicio de su derecho de defensa. El único límite que se prevé a

²³ SSTS 1168/2010, de 28 de diciembre (ECLI: ES:TS:2010:7609), 763/2013, de 14 de octubre (ECLI: ES:TS:2013:5107), 513/2015, de 9 de septiembre (ECLI: ES:TS:2015:3994), STS 675/2017, de 16 de octubre (ECLI: ES:TS:2017:3614), 843/2017, de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS:2017:4666) y STS 3326/2019, de 29 de octubre (ECLI: ES:TS:2019:3326), así como las SSTC 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre.

²⁴ Derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.

este respecto es el de la falsa incriminación, como destaca el TS en múltiples resoluciones²⁵.

En el caso concreto que examinamos, deberíamos valorar la conveniencia de que las garantías propias de los coinvestigados se extendieran a las declaraciones de estos testigos –tan particulares– que han de deponer sobre hechos por los que son, en sus respectivos procesos, investigados. Recordemos, en esta línea, cómo la STS 971/1998, de 27 de julio²⁶, aclaraba que el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho, como a la realidad del hecho mismo imputado.

Teniendo en cuenta lo expuesto, hemos de valorar positivamente que el reciente Anteproyecto de LECrim, de noviembre de 2020, regule expresamente –como novedad significativa, según destaca su propia Exposición de Motivos– la posibilidad de que quien tenga o haya tenido la condición de persona encausada en un procedimiento penal pueda declarar en otro distinto, que verse sobre los mismos hechos²⁷, con la salvaguarda expresa, también en este otro proceso, de su derecho a no declarar. Conforme al proyectado art. 17.5, podrá acogerse a dicho derecho en todo momento, debiendo ser oportunamente informada al respecto.

Resulta destacable, asimismo, que expresamente se disponga que en esa declaración también tendrá derecho a la asistencia letrada.

3. Cuando la declaración se presta por quien ha sido ya juzgado

Al margen de que el menor pueda declarar en el proceso seguido contra el adulto (y viceversa) cuando ambas causas están aún abiertas, pudiera suceder también que dichas declaraciones tuvieran lugar cuando uno de ellos (habitualmente, el menor) hubiera sido ya juzgado por sentencia firme.

A este respecto, un *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II del TS*, de 16 de diciembre de 2008, estableció que la persona que ha sido juzgada por

²⁵ *Vid.*, por todas, la STS de 20 de diciembre de 2002 (ECLI: ES:TS:2002:8717).

²⁶ ECLI: ES:TS:1998:5013.

²⁷ O en el que dichos hechos resulten relevantes, afirma el art. 17.5 del Anteproyecto.

unos hechos, cuando es llamada a declarar sobre los mismos en el juicio que se entabla contra otro acusado, ostenta el *status* de testigo. Aplicando esta solución general al ámbito concreto que examinamos –pues no hay motivo para darle un tratamiento distinto–, si el menor ya hubiera sido juzgado por sentencia firme cuando tuviera que declarar en el proceso de adultos, tendría que hacerlo como testigo.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, como expusimos en un momento previo, en la praxis se huye de posiciones nominalistas y, más allá de que, formalmente, se actúe como testigo o como investigado/acusado –dependiendo de la fase procesal en que nos encontremos–, se atiende a la efectiva relación de esa persona con los hechos objeto del proceso²⁸. En el caso particular que nos ocupa, ¿puede acaso afirmarse que el vínculo de ese menor con los hechos enjuiciados en el proceso de adultos es el mismo que el que pudiera tener cualquier otro ciudadano ajeno a ellos? Puesto que ha tenido participación en los mismos hechos delictivos que se están enjuiciando, su relación con el objeto del proceso permanece en este segundo momento en el que es llamado a declarar.

Dado que, como decimos, se trata de un testigo peculiar, que mantiene una relación innegable con los hechos objeto del proceso al que es llamado, ¿de qué manera ha de valorarse esta declaración? Según se indica en el Acuerdo referido, debe ser tenida en cuenta “en términos racionales para determinar su credibilidad”. No se trata de una expresión muy clarificadora²⁹, ciertamente.

La ausencia de norma que regule esta cuestión –al menos, hasta que el Anteproyecto, en su caso, fructifique en una LECrim nueva– hace necesario el examen de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en la materia, que abordan tanto el supuesto de que la declaración que se realice en el otro proceso tenga lugar cuando sobre el declarante aún no se haya dictado sentencia³⁰ como el caso de que el testigo en cuestión haya sido ya juzgado

²⁸ También el TS destaca (STS de 21 de diciembre de 2017. ECLI: ES:TS:2017:4666) que lo esencial es la relación que se tenga con el objeto del proceso, no la concreta situación procesal que formalmente se ostente.

²⁹ En términos racionales para determinar su credibilidad, ¿de la misma manera en que se hace con cualquier testigo? ¿o teniendo en cuenta su condición de testigo “peculiar”?

³⁰ Que fue el supuesto analizado en el apartado precedente.

por esos mismos hechos³¹. Son cuantiosas las sentencias que advierten de que, aun siendo formalmente testigos, para la valoración de sus declaraciones deben aplicarse las mismas cautelas y prevenciones que se exigen en la apreciación de testimonios de coimputados³². La STC 111/2011, de 4 de julio, es un claro exponente de esta tendencia: "aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos"³³.

No parece difícil de aceptar esta tesis jurisprudencial cuando estamos ante la declaración testifical de quien aún es investigado/acusado en el otro proceso, toda vez que se encuentra en una situación delicada que pudiera llevarle, en su propio beneficio, a faltar a la verdad en la prestación de su testimonio y que requeriría, en consecuencia, que se adoptaran ciertas cautelas en su valoración. Sin embargo, puesto que quien ya ha sido juzgado no puede ser investigado ni acusado por los mismos hechos, pues la sentencia firme supuso el cierre del procedimiento por lo que a él respecta, ¿sería necesario adoptar idénticas prevenciones respecto de su declaración? Entendemos que, puesto que también esa declaración podría redundar en perjuicio del deponente, las exigencias habrían de ser las mismas. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que los perjudicados como consecuencia del delito cometido conjuntamente por menor y mayor de edad hubieran decidido, mediante la oportuna reserva, ejercitar en vía civil la correspondiente acción. En ese caso, esa responsabilidad permanecería

³¹ Que, creemos, han de recibir idéntico tratamiento, como más adelante se dirá.

³² Vid. STS 675/2017, de 16 de octubre (ECLI: ES:TS:2017:3614), y SSTC 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre.

³³ En el ámbito concreto del proceso de menores encontramos, asimismo, sentencias que, aun llegando a la misma conclusión *supra* apuntada, entienden que la declaración del menor llamado al proceso de adultos tendría que ser valorada como la de un testigo *sui generis*. No se trata, a nuestro juicio, más que de un modo un tanto eufemístico de admitir que se requiere la misma mínima corroboración que se exige a las declaraciones prestadas por un coinvestigado/coacusado. En este sentido, *vid.* la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347).

imprejuzgada en el momento en que el menor declarase en el proceso seguido contra los adultos. El resultado de la sentencia que en esa sede se dictase podría, pues, afectarle. No sería igual, en efecto, que el proceso seguido contra los adultos culminase con una sentencia absolutoria por inexistencia del hecho punible (lo que redundaría en la imposible exacción en vía civil de responsabilidad patrimonial derivada del mismo) que lo hiciera con una sentencia condenatoria. Del mismo modo, podría también tener repercusión en una eventual suspensión de la ejecución o en una modificación de las medidas impuestas al menor.

De una manera o de otra, la sola posibilidad de que esa declaración del menor en el proceso de adultos pudiera serle perjudicial sería suficiente, a nuestro juicio, para que en la valoración de su declaración se adoptasen las mismas reservas que se aplican a la de cualquier coimputado.

Abundando en esta materia, y una vez determinado el modo en que ha de valorarse la declaración que el menor, ya condenado, presta en el proceso de adultos, interesa examinar si en estos casos –dada la relación con los hechos que se observan– persiste el fundamento de las garantías que se prevén para las declaraciones de los investigados/acusados. Se trata, en definitiva, de esclarecer si el menor que actúa como testigo en el proceso de adultos, cuya declaración va a valorarse como la de un coinvestigado/coacusado, estaría obligado a declarar y a prestar juramento/promesa de decir verdad. En nuestro ordenamiento jurídico no se contempla expresamente esta cuestión, por lo que han sido el TS y el TC los que, en numerosas resoluciones dictadas desde el año 2008, han establecido una pauta interpretativa.

En la situación anterior al Acuerdo de 2008³⁴, el TS³⁵ venía manteniendo que el condenado que era citado para prestar declaración en el posterior juicio a los restantes acusados conservaba los derechos que tuvo en la declaración que prestó en el juicio celebrado entonces para él. En esta misma línea se pronunciaba la FGE en la *Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros partícipes*, que consideraba que el

³⁴ Que como vimos, declara expresamente que en el otro proceso se ostenta la condición de testigo.

³⁵ *Vid.* SSTS 1332/2004, de 11 de noviembre (ECLI: ES:TS:2004:7289), y 1007/2007, de 23 de noviembre (ECLI: ES:TS:2007:8304). No se trataba de una tesis unánime, como evidencian las SSTS 1079/2000, de 19 de julio (ECLI: ES:TS:2000:6036), STS 1268/2000, de 30 de octubre (ECLI: ES:TS:2000:7864) o STS 1338/2003, de 15 de octubre (ECLI: ES:TS:2000:7864).

condenado que fuera citado como testigo en el juicio ulterior para los restantes acusados mantendría tales derechos. Claramente afirmaba que quien ya había sido enjuiciado conservaba en su posterior declaración el derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, estando también excluido de la obligación de prestación de juramento o promesa de decir verdad³⁶.

Sin embargo, el Acuerdo de 2008³⁷ trajo consigo un sustancial cambio de criterio: el TS entiende, desde entonces, que ese declarante no puede acogerse a las prerrogativas del derecho de defensa que le corresponderían de actuar como coinvestigado/coacusado³⁸.

Interesa traer a colación, llegados a este punto, cuál es la solución por la que se inclina el ya referido Anteproyecto de LECrim de 2020. En la misma línea seguida –como vimos– respecto de la declaración de un encausado en un proceso penal en otro distinto, que verse sobre los mismos hechos o sobre otros conexos³⁹, el art. 662 del Anteproyecto establece que, a quien haya resultado

³⁶ Como señalaba la referida Consulta: “El mantenimiento del derecho a no declarar y a no prestar juramento o promesa por quien ya ha sido condenado se justifica en virtud del principio de no exigibilidad de otra conducta. Resultaría cuando menos chocante que a una persona, después de haber sido condenada en sentencia, pueda exigírsele bajo la amenaza del delito de falso testimonio que se ajuste a la verdad en la declaración que haya de prestar en el juicio para otro copartícipe, obligándola así tal vez a reconocer lo que en el juicio propio tuvo derecho a negar (...) La exigencia de juramento o promesa de decir verdad conduciría a situaciones inaceptables. No cabe admitir la hipótesis de un condenado que resultara posteriormente acusado de falso testimonio por las declaraciones, negando los hechos objeto de condena, vertidas en el juicio celebrado posteriormente para los restantes partícipes”.

³⁷ Vid. las SSTs 274/2009, de 18 de marzo (ECLI: ES:TS:2009:1498), 7/2009, de 7 de enero (ECLI: ES:TS:2009:180) y 3326/2019, de 29 de octubre (ECLI: ES:TS:2019:3326).

³⁸ En esta misma línea se pronunciaba la STS 6036/2000 (ECLI: ES:TS:2000:6036 de 19 de julio): “cuando X es citado al Plenario, lo hace en calidad de testigo y no de coimputado, fue coimputado junto con el recurrente en estos hechos, pero dejó de serlo cuando fue juzgado, y por tanto, cuando casi cinco años después comparece para declarar lo hace con el exclusivo *status* de testigo que tiene dos obligaciones: comparecer al llamamiento y declarar, habiendo desaparecido su condición de coimputado que solo se mantiene en los casos en que simultáneamente y con unidad de acto uno comparece en dicha doble condición”.

³⁹ El art. 17.5 del Anteproyecto, en cambio, en lugar de hablar de “conexión” entre los hechos enjuiciados en los distintos procesos, se refería a la circunstancia de que tales hechos resultasen “relevantes” en la otra causa. Sin duda, sería deseable una homogeneización en la terminología pues, en puridad, no significan lo mismo. Igual sucede con el empleo indistinto, como si de sinónimos se tratase, de “proceso” y “procedimiento”, en los referidos arts. 17.5 y 662 del Anteproyecto.

ya juzgado en un proceso penal por los mismos hechos o por otros conexos, se le instruirá –al declarar como testigo– conforme a lo establecido en el art. 674 para la declaración del acusado, permitiéndosele, además, estar asistido por su abogado al prestar declaración. En otros términos, se adscribe el Anteproyecto a la tesis mantenida por la FGE en la *Consulta 1/2000*.

A pesar de que, a nuestro juicio, esta interpretación resulta más respetuosa con el derecho de defensa⁴⁰ que la mantenida en el Acuerdo de 2008, tampoco está exenta de problemas.

Ciertamente, permitir que la declaración que preste el menor en el proceso de adultos no solo se valore como la de un coimputado sino que, además, se admita que en su práctica actúe como tal –esto es, haciendo uso de las facultades y posibilidades que el derecho de defensa brinda a todo investigado/acusado, pudiendo negarse a declarar o resultando impune su testimonio falaz–, pudiera llegar a desdibujar las fronteras entre lo que supone ser o no parte en un proceso. Desde luego, de permitirse que estos peculiares testigos se acojan a las prerrogativas que se establecen para las declaraciones de coinvestigados/coencausados, habría de reconocérseles el derecho –como, de hecho, hace el Anteproyecto– a contar con asistencia letrada. Aunque no se diga nada al respecto, creemos que ese derecho habría de implicar, asimismo, la posibilidad de contradecir las declaraciones *de contrario* que se presten en el otro proceso al que fueran llamados. Una solución distinta crearía, a nuestro juicio, una artificial escisión entre manifestaciones que son, todas ellas, contenido propio del derecho de defensa.

En el fondo, esta situación pone de relieve otra de las disfunciones que resultan del escaso acierto de imponer una tramitación separada para procesos que cuentan con indudables puntos de unión, difíciles de subsanar si no es a través de un replanteamiento del sistema que permita su acumulación.

⁴⁰ Que, aunque pueda ser modulado, se debe considerar vigente en la fase de ejecución de la sentencia.

V. DIFICULTADES QUE SURGEN TRAS LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO: LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE RESOLUCIONES

1. La posible contradicción entre resoluciones

El enjuiciamiento separado propicia que puedan dictarse sentencias que, si bien no sean estrictamente contradictorias –puesto que el objeto de los procesos no es el mismo, al variar el elemento subjetivo de uno a otro–, sí evidencien divergencias (a veces, llamativas) en cuanto al modo de valorar y enjuiciar unos mismos hechos. Esa posible falta de armonía entre lo que se considera probado en cada una de las sentencias es, tal vez, la consecuencia más llamativa, la de más difícil comprensión, de todas las que implica la tramitación separada⁴¹. Así pues, cuando se trata de enjuiciar la autoría o participación⁴² en un hecho delictivo, surgen importantes problemas de compatibilidad lógica –amén de un claro compromiso de los principios de igualdad y de seguridad jurídica– cuando en uno de los procesos seguidos el acusado es condenado y, en el proceso en que se juzga a otro de los presuntos coautores/partícipes de ese hecho delictivo⁴³, se concluye la inexistencia del mismo⁴⁴.

Sobre este particular, interesa recordar los arduos debates que suscitó la resolución judicial del asesinato de la adolescente sevillana Marta del Castillo.

⁴¹ Como muy gráficamente señaló la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347), “el riesgo cierto de que puedan existir pronunciamientos discordantes que hagan que en ese puzzle, a que se refirieron las acusaciones, no encajen todas sus piezas”.

⁴² Si reparamos en la letra del art. 20 LORPM, se recoge solo la comisión conjunta menor-adulto como supuesto que da origen a la tramitación separada de causas. Pese a ello, es lógico concluir que en esa expresión se deben incluir, junto con la coautoría, las distintas formas de participación en el delito, pues carecería de sentido que los coautores mayores y menores fueran juzgados por separado y, en cambio, los cómplices y cooperadores necesarios fuesen –con independencia de su edad– juzgados conjuntamente. Por eso, el mismo problema surgiría cuando en el relato de hechos probados de una sentencia se afirmase que en la comisión del delito no intervino nadie más que el autor y, en cambio, en otros procesos se dictasen sentencias condenatorias contra otras personas por haber participado en su comisión (o a la inversa, claro está). La misma dificultad de comprensión se presentaría cuando, habiendo recaído una condena por encubrimiento de un delito, o por haber participado en su comisión de cualquier modo, una resolución judicial firme descartase su existencia.

⁴³ O el delito presuntamente encubierto.

⁴⁴ Su existencia, no su autoría por la persona acusada, que son cuestiones bien distintas.

Como es sabido, en el año 2011 el Juzgado de Menores competente condenó al menor acusado por encubrir un delito cuya comisión por varios adultos estaba siendo enjuiciada por la Audiencia Provincial (AP) de Sevilla. Sin embargo, apenas unos meses después de que la sección tercera de dicha Audiencia, al confirmar la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Menores, entendiera, en su relato de hechos probados, que hasta cuatro personas habían tenido una participación directa en la comisión del asesinato por cuyo encubrimiento se había condenado al menor, la sección séptima de la misma Audiencia, al enjuiciar a los adultos implicados, dictó una sentencia⁴⁵ en la que, tras llegar a conclusiones diametralmente opuestas sobre los mismos hechos, procedió a absolver a tres de los acusados. Lógicamente, esa situación contribuyó a avivar el debate acerca de si la condena o absolución que recayera en el proceso de menores –que, por su mayor agilidad, finalizaría antes– debiera afectar al ulterior procedimiento ordinario.

Aunque partamos de la negación tanto de la eficacia positiva de la cosa juzgada material como de la extensión *ultra partes* de ese efecto prejudicial, entre los procesos que enjuician a mayores y menores de edad por su relación con un mismo delito existe un vínculo manifiesto. No puede obviarse que la *Circular 9/2011* dispone que deba enviarse testimonio de la sentencia dictada en un proceso al otro, lo que confirma la relación existente entre ambas causas.

En el caso que hemos traído a colación, el TS confirmó⁴⁶ –un año después del pronunciamiento de la sentencia de la AP de Sevilla– que, pese a la dificultad de explicar –y de entender– que puedan existir dos verdades judiciales sobre un mismo hecho, es perfectamente posible que en la segunda causa surjan elementos de juicio suficientes para llegar a distinta conclusión y estimar, entonces, que la primera calificación fue errónea o incompleta. En suma, la declaración de hechos probados anterior no se entiende vinculante, dada la soberanía y responsabilidad del segundo juez a la hora de valorar –en conciencia y conforme a la lógica y experiencia– la prueba que se practicó en su presencia.

No puede, pues, afirmarse que la sentencia recaída en el proceso penal contra el menor deba condicionar la que se dicte en el proceso contra el adulto, a pesar

⁴⁵ SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347).

⁴⁶ STS 62/2013, de 29 enero (ECLI: ES:TS:2013:178).

de que sean los mismos hechos los que se enjuicien y de la, evidente, relación entre ambas causas. Aunque distintos pronunciamientos del TC han considerado contraria al principio de seguridad jurídica la existencia de pronunciamientos judiciales firmes contradictorios⁴⁷, hoy se insiste en que el mero hecho de haberse llegado a conclusiones distintas en sus respectivos relatos de hechos probados no constituye una situación merecedora de tutela. Solo cuando esa divergencia no se justificase suficientemente, se produciría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE⁴⁸. Precisamente por ello, el juez que se aparte de las conclusiones a que, sobre los mismos hechos, se llegó en la primera sentencia, deberá motivar especialmente su decisión.

2. La imposibilidad de plantear recurso de revisión

Por otro lado, es indiscutible que, tras haber sido juzgado el menor y alcanzado firmeza la sentencia, el principio de seguridad jurídica impediría que su caso pudiese ser reabierto. No, al menos, a través de los cauces “ordinarios” de impugnación. Pero ¿podría una divergencia entre los hechos probados de las sentencias recaídas en ambos procesos constituir un motivo de revisión de sentencia firme?

Dada la regulación de la LECrim acerca del recurso de revisión⁴⁹, su hipotética previsión para este caso exigiría que solo se pudiera acudir al mismo cuando resultase beneficioso para el reo: bien cuando la sentencia dictada por tales hechos hubiera condenado al menor y, en la segunda sentencia –enjuiciando a adultos por los mismos hechos– se hubiera considerada probada su no participación (o su menor participación) en los mismos, o bien cuando en la sentencia que condenara al mayor se apreciara contradicción con la recaída en el previo proceso de menores, en que se considerara probada, en relación a los mismos hechos, o su ausencia de participación o la menor medida de la misma.

⁴⁷ SSTC 2/2003, de 16 de enero; 229/2003, de 18 de diciembre, y 231/2006, de 17 de julio.

⁴⁸ SSTC 158/1985, de 26 noviembre; 192/2009, de 28 septiembre; 16/2008, de 31 enero, y 231/2006, de 17 julio.

⁴⁹ Atendiendo a su particular naturaleza, el Anteproyecto de LECrim de 2020 emplea el término “juicio” para referirse a la revisión.

Sin embargo, si estamos a la letra de lo dispuesto en el art. 954 LECrim, no sería posible hacer uso de la revisión en estos casos⁵⁰. Pese a que la Ley 41/2015 llevó a cabo una reforma integral en dicho precepto, la contradicción entre los hechos probados de sentencias recaídas en una y otra jurisdicción ni aparece expresamente contemplada en el elenco de motivos que relaciona ni puede entenderse subsumida en ninguno de ellos.

El actual art. 954.1.c) LECrim establece que cabrá la revisión cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes. Esta previsión –que responde al fin de evitar vulneraciones del principio *non bis in idem*– no sirve al supuesto examinado. Aun cuando el hecho enjuiciado en ambas causas sí coincidiera, en estos casos encontramos, por definición, más de un sujeto juzgado. De hecho, el elemento subjetivo es la diferencia esencial entre el objeto de uno y otro proceso. La norma vigente se ciñe al supuesto de la duplicidad, sin aludir al factor de la disparidad o contradicción entre las resoluciones, que, a salvo el caso concreto del decomiso autónomo, no es contemplada en el art. 954 LECrim.

VI. ¿ES CONVENIENTE LA UNIFICACIÓN DE PROCESOS? MUCHAS LUCES Y ALGUNA SOMBRA

Es inevitable cuestionarse, a la vista de lo expuesto, si mediante una tramitación conjunta se salvarían las dificultades que hemos abordado en este estudio.

Sugerir un tratamiento procesal unificado para los supuestos de comisión conjunta de delitos por parte de menores y mayores de edad exige plantear distintos escenarios: una única instrucción con enjuiciamiento también conjunto, una instrucción conjunta con enjuiciamiento separado o, incluso, una instrucción separada con enjuiciamiento conjunto. En todos esos casos, además, serían posibles distintas variantes: que la instrucción la asumiera el Ministerio Fiscal o que lo hiciera el Juez de Instrucción, y que el enjuiciamiento lo realizara el Juez de Menores o, según la gravedad, el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial. Incluso, en este caso de enjuiciamiento conjunto por la Audiencia, cabría la opción de que el tribunal lo integraran dos magistrados de la sección

⁵⁰ Tampoco encuentra encaje en los motivos previstos en el art. 760 del referido Anteproyecto de LECrim.

correspondiente y un tercero especializado en menores. Podría proponerse, asimismo, que la instrucción se hiciera de forma conjunta, reservándose al Juez de Instrucción la decisión acerca de las medidas de internamiento cautelar y de prisión preventiva. Como se aprecia, son múltiples las combinaciones posibles, y todas ellas pueden contribuir a superar las limitaciones del actual sistema.

Desde luego, con la tramitación conjunta desaparecería el riesgo de contradicción entre resoluciones, así como los problemas que trae consigo la duplicidad de actuaciones y las disfunciones que se originan, como vimos, en la fase de instrucción⁵¹. Se dispararían, además, las incógnitas acerca de la condición en que unos investigados/acusados/condenados deben declarar en el proceso seguido contra los otros y, sin duda, se actuaría conforme a razones de economía procesal⁵².

Por otro lado, la continencia de la causa que tal situación favorecería contribuiría a evitar que los pronunciamientos dictados en una y otra jurisdicción resultasen –especialmente, en aquellos casos⁵³ en que los menores son empleados como instrumentos para la comisión de delitos– en la absolución del mayor y en la condena del menor, permitiendo una apreciación de la situación desde una perspectiva más global y, posiblemente, más justa.

Pese a todo lo expuesto, no puede tampoco negarse que en ese enjuiciamiento conjunto también se aprecian sombras. Principalmente, pueden plantearse dificultades importantes a la hora de compatibilizar la naturaleza y caracteres propios de una y otra jurisdicción. No todas las previsiones de la jurisdicción de menores son trasladables, sin más, al ámbito de adultos; las numerosas manifestaciones del principio de oportunidad que prevé la LORPM (que se traducen en amplias facultades desjudicializadoras) son una clara muestra de ello.

⁵¹ Recordemos, por ejemplo, los problemas que surgen con el levantamiento del secreto de sumario en una sola de las causas.

⁵² El dispendio de medios y de tiempo es, de hecho, uno de los aspectos más criticados del sistema de doble procedimiento. Muy ilustrativa, a este respecto, es la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 ((ECLI: ES:APSE:2011:1347), que enfatiza que “la doble jurisdicción comporta un derroche de energías y esfuerzo en sedes policial y judicial que no se ve compensado por ventaja alguna”, y “supone complejidad y duplicidad de trámites injustificados”.

⁵³ Relativamente frecuentes en delitos contra la salud pública.

Por otro lado, tratar de armonizar ambos procesos, aunque solo sea para el caso concreto de la comisión conjunta de menor y mayor de edad, comporta ciertos riesgos que no debemos despreciar: en primer lugar, en atención al grado de homogeneización que se quiera lograr entre los mismos, que marcaría la diferencia entre una mera –y, en estos casos concretos, deseable– “armonía” y una –a nuestro juicio, injustificada– plena “identificación”.

En segundo término, en cuanto a la decisión de cuál tendría que ser el proceso que “exporte” sus peculiaridades y cuál habría de ser, en contrapartida, el que debería “importarlos”. O, dicho en otros términos, qué particulares principios o rasgos de cada uno de esos procesos habrían de mantenerse/sacrificarse en dicha operación de “compatibilización”.

No resultaría extraño que, en esa tarea, se presentase el proceso de menores, con su instrucción atribuida al Ministerio Fiscal y el amplio juego del principio de oportunidad, como el modelo al que haya de tenderse. Ese es, a nuestro juicio, el verdadero punto débil del sistema que defendemos que, en cierta medida, pudiera salvarse aplicando a los menores los principios inspiradores de la LORPM y a los mayores de edad los propios del proceso de adultos.

Interesa igualmente destacar cómo ciertas previsiones del reciente Anteproyecto de LECrim podrían salvar algunos problemas que suscita el actual sistema. Así, al atribuir el Anteproyecto la instrucción al Fiscal, desaparece una diferencia muy importante entre ambas fases de investigación, aun cuando estas siguieran discurriendo de forma separada. También las incógnitas que plantea la declaración en un proceso de quien –por los mismos hechos o hechos conexos– es investigado/encausado en otro son, por fin, despejadas en el texto proyectado. Como vimos, para tales supuestos se reconoce ya, de forma expresa, la posibilidad de contar con asistencia letrada y de acogerse a su derecho a no declarar.

Finalmente –como sucede siempre que se aborda cualquier cuestión relativa a la responsabilidad penal de un menor de edad–, también en el estudio del tema que nos ocupa ha de tenerse presente el interés superior del mismo. Al margen de que su indeterminación favorezca su empleo retórico y se advierta que, a veces, su defensa implica el sacrificio de otros intereses que son también merecedores de tutela, no puede negarse que este principio ha de presidir las actuaciones que se desplieguen en este ámbito. Así pues, la propuesta de

enjuiciamiento conjunto ¿respetaría ese interés superior del menor? Desde luego, la separación actual no le favorece, de la misma manera que tampoco lo hace respecto del resto de partes implicadas en el proceso⁵⁴, y, aun admitiendo que esa hipotética tramitación conjunta pudiese traducirse en un incremento de la duración del procedimiento⁵⁵, no creemos que, de la mano de las oportunas reformas legales, ello pudiera constituir un obstáculo insalvable.

⁵⁴ También las partes acusadoras se ven negativamente afectadas por la tramitación separada. El lapso temporal que medie entre uno y otro proceso puede afectar a su estrategia procesal y, por supuesto, a sus legítimas expectativas de justicia.

⁵⁵ Lo que podría, incluso, llegar a afectar a la esencia y razón de ser de la jurisdicción especializada.

LA MEJORA DEL NIVEL ACADÉMICO DE LA CARRERA DE DERECHO DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA. RECURRENTE PROPUESTAS HISPALENSES

Antonio Merchán Álvarez¹

Catedrático de Historia del Derecho (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. ELEMENTALES REFERENCIAS AL PLAN DE ESTUDIOS VIGENTE Y AL PROFESORADO QUE LO ENSEÑA. II. DEBATES Y ACUERDOS SOBRE RECURRENTE PROPUESTAS PARA ELEVAR EL NIVEL ACADÉMICO DE LA FACULTAD. III. EL ASUNTO DE LA PRUEBA “ESPECÍFICA” DE APTITUD PARA INGRESAR EN LA FACULTAD DE DERECHO. IV. EL DISEÑO DEL CURSO PREPARATORIO “PROPIO” PARA ESTUDIAR LA CARRERA. V. LA NECESIDAD DE UN ORDEN PROGRESIVO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. LAS INCOMPATIBILIDADES DIACRÓNICAS.

I. ELEMENTALES REFERENCIAS AL PLAN DE ESTUDIOS VIGENTE Y AL PROFESORADO QUE LO ENSEÑA

1. La Carrera de Derecho, que se estudia en la Facultad de Derecho hispalense durante la Segunda República, se desarrollaba en función del plan de estudios que era el general a todas las universidades hispánicas y que se aprobó pocos meses después de su instauración. Precisamente con motivo del comienzo del

¹ En absoluto resulta tópico manifestar, al iniciar la redacción de estas páginas, que constituye un enorme honor para mí participar en un homenaje tan merecido. El que se dispensa, mediante el presente libro, al Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, José de los Santos Martín Ostos, querido compañero de estudios de derecho, primero condiscípulo durante la carrera y luego como colega, Profesor, ejemplar y admirado, de nuestra Facultad de Sevilla; y con cuya amistad me honro desde el siglo pasado [finales de los sesenta, principios de los setenta]. Pertenecíamos a Departamentos –de Derecho Procesal él y de Historia del Derecho yo– locativamente vecinos durante la añorada estancia en la Fábrica de Tabacos; vecindad que enriquecimos desde entonces científicamente, con motivo de mis incursiones histórico-jurídicas sobre temas de investigación procesales referidos a los menores y al arbitraje, que él tan magistralmente domina en el campo del Derecho procesal vigente.

primer curso universitario republicano (1931/1932): el denominado Plan de Estudios [republicano de septiembre] de 1931. Este Plan de Estudios, como tantos otros, surgió con la consideración de plan provisional, pero permaneció hasta 1944 vigente².

En su programación, el Plan de 1931, establecía un *Curso Preparatorio*, sumamente humanístico y los *cinco cursos propiamente jurídicos* de la carrera.

El *Curso Preparatorio*, en contra de la común voluntad del Profesorado de la Facultad de Derecho, era impartido por Profesores de la Facultad de Filosofía y Letras; y estaba integrado por las siguientes asignaturas: Introducción a la Filosofía (3 horas semanales); Historia de España (3 horas semanales), Historia General de la Cultura (3 horas semanales) y Lengua Latina (tres horas semanales).

Los *cinco cursos propiamente jurídicos* de la *carrera de Derecho* del Plan de 1931 se estructuraban desde el punto de vista de las enseñanzas o asignaturas de la siguiente manera. Primer curso: Derecho Romano (6 horas semanales); Historia del Derecho (6 horas semanales); Economía Política (3 horas semanales).- Segundo Curso: Derecho Político (6 horas semanales); Derecho Canónico (6 horas semanales); Derecho Civil. Parte General (3 horas semanales).- Tercer Curso: Derecho Civil [1er curso. Tratados especiales] (6 horas semanales); Derecho Administrativo (6 horas semanales); Derecho Penal (6 horas semanales).- Cuarto curso: Derecho Civil [2º curso. Tratados especiales] (6 horas semanales); Derecho Internacional Público (3 horas semanales); Derecho Procesal [1er Curso] (3 horas semanales); Hacienda Pública (3 horas semanales).- Quinto curso: Derecho Mercantil (6 horas semanales); Derecho Internacional Privado (3 horas semanales); Derecho Procesal [2º curso]; Procedimientos judiciales y Prácticas Forenses (3 horas semanales); Filosofía del Derecho (3 horas semanales).

Se trataba, por tanto, de un plan de estudios generalista, muy parecido a los posteriores de 1944 y 1953; diferenciándose estos últimos de que ya se incluyera la asignatura de Derecho del Trabajo (4º curso), la cual aún no estaba

² Regulado en el Decreto de 11 de septiembre de 1931, publicado en la Gaceta del día 12. Véanse los sustanciosos comentarios de MARTÍNEZ NEIRA, MANUEL, *El Estudio del Derecho, Libros de textos y planes de estudios en la Universidad contemporánea*, Madrid, 2001, en págs. 146-147 y el contenido del Plan de Estudios republicano en págs. 304-305.

programada en el republicano; y además restauraban ambos la de Derecho Natural (1º curso)³.

2. Durante los cursos académicos (1930/31 a 1935/36) en los que discurre la República en Sevilla, nuestra Facultad, disfrutó de un sobresaliente *cuadro de profesores*.

A) Así puede observarse fácilmente en la siguiente *relación de Catedráticos* que ejercieron la docencia en la Facultad durante dicha etapa. La expondremos por orden de antigüedad en el acceso a la Cátedra de Sevilla –cuyo año se indica en primer lugar– así como el de la baja en la misma (por excedencia debida al traslado a otras universidades o accesos a cargos que lo requieren o por jubilación) –cuyo año se indica en segundo lugar–. Referimos asimismo las cátedras o asignaturas (hoy áreas de conocimiento) que les concernían⁴.

Adolfo Moris Fernández Vallín, Derecho internacional Público y Derecho Internacional Privado (septiembre de 1893-septiembre de 1931); apenas enseñó durante la República; pero si tuvo un gran protagonismo en la gestión, pues después de jubilado y tras una grave crisis en el ejercicio del Decanato –siguió como Decano hasta junio de 1934–. Era el más antiguo de todos los catedráticos pues accedió a la Cátedra de Sevilla en el último decenio del siglo diecinueve.

En el segundo decenio del siglo veinte, accedieron a nuestra Facultad en el primer año que se refiere, y enseñaron durante la República, y permanecieron hasta el segundo año que se indica: Ignacio de Casso y Romero, Derecho Civil, (julio 1911-noviembre 1940); Federico Castejón y Martínez de Arizala, Derecho Penal, (febrero 1913-noviembre 1938); José López Rueda, Derecho Romano (septiembre 1913-septiembre 1931; apenas, por tanto, unos meses); Carlos García Oviedo, (Derecho Administrativo, septiembre 1913-septiembre 1954); Ramón

³ MARTÍNEZ NEIRA, MANUEL, El Estudio del Derecho, cit., págs. 146-147 y 306-318; MERCHÁN, ANTONIO, Universidad y Derecho en Sevilla durante el siglo XX. Contribuciones para su estudio. [Contribución cuarta]. Cuatro lustros de estudios jurídicos hispalenses. Consideraciones sobre los Planes de Estudios ensayados o proyectados en la Facultad de Derecho de Sevilla (1964-1983), Sevilla 2016, págs. 215-270.

⁴ Una breve biografía de la mayoría de ellos puede verse en mi libro de bolsillo La Facultad de Derecho de Sevilla durante la Guerra Civil (1935-1940), 1ª edic.2018; y 2ª edic.2019, págs. 65-88; donde asimismo se indica, en las notas correspondientes, la bibliografía biográfica ad hoc, en su caso.

Carande Thovar, Economía y Hacienda Pública (octubre 1918-octubre 1935; noviembre 1939-septiembre 1956).

Corresponden al grupo de los que tomaron posesión en los años veinte y enseñaron durante la República: Manuel Martínez Pedroso, Derecho Político, (febrero 1927-septiembre 1936); Blas Ramos Sobrino, Elementos de Derecho Natural, (febrero 1924-septiembre 1933); José María Ots Capdequí (Historia del Derecho, 1924-Septiembre 1931, apenas unos meses republicanos); Francisco Candil Calvo (Derecho Mercantil, mayo 1927-mayo 1957); Demófilo de Buen Lozano (Derecho Civil, mayo 1929-marzo 1933).

Y tomaron posesión durante los años treinta y que, como veremos, casi todos proclamada ya la República: Manuel Giménez Fernández (Derecho Canónico, diciembre 1930-septiembre 1966); Luis Sela Sampil (Derecho internacional Público y Derecho Internacional Privado, septiembre 1931-septiembre 1933); José Antonio Rubio Sacristán, Historia del Derecho (1931-1936); Francisco de Pelsmaecker e Yvañez (Derecho Romano, septiembre 1931-septiembre 1970); Francisco Marcos Pelayo (Derecho Procesal, abril 1932-octubre 1932); Rafael de Pina Milán (Derecho Procesal, octubre 1932-septiembre 1936); Federico de Castro Bravo (Derecho Civil, junio 1933; apenas permaneció un mes); Felipe González Vicén (Filosofía del Derecho, julio 1935-septiembre 1936); José Quero Molares (Derecho internacional Público y Derecho Internacional Privado, diciembre 1935-octubre 1936).

B) Pero también destacaba por su brillantez la muy escasa *nómina de Auxiliares*⁵ –los que hoy corresponderían a Profesores Titulares–; aunque ciertamente era demasiado minoritaria; circunstancia de escasez de este grado del profesorado, que con frecuencia se denuncia. El más antiguo de todos pero que además es el que tiene una situación administrativa más definitiva es Baldomero Campos Redondo, que obtuvo la plaza en 1915⁶.

⁵ Una breve biografía de algunos de ellos puede verse en mi libro de bolsillo *La Facultad de Derecho de Sevilla durante la Guerra Civil (1935-1940)*, cit, págs. 88-94; donde asimismo se indica, en las notas correspondientes, la bibliografía biográfica ad hoc, en su caso.

⁶ Con anterioridad, por tanto, a la vigencia de la Orden Ministerial de 1917 sobre Auxiliares de Universidad, la cual eliminó la naturaleza *definitiva* del ejercicio docente de esta figura profesoral; de manera que lo sustituía por un ejercicio de la misma a plazo, de cuatro años, renovable por otros cuatro. Que es la situación de todos los demás, de ahí que se hable de Auxiliares numerarios “definitivos” y sobre todo de Auxiliares “temporales”. A veces aparece la referencia

Baldomero Campos Redondo auxiliaba en la enseñanza del Derecho Civil, que correspondía a dos Cátedras, la General y la de los Tratados (I y II); de ahí que fuera la única asignatura con dos Cátedras y correspondientes titulares o Catedráticos. Pero Don Baldomero también tuvo que solicitar la excedencia forzosa desde febrero de 1933 en que fuera nombrado Director General de Propiedades e Impuestos⁷. La reincorporación de don Baldomero se produciría después de las elecciones generales de febrero de 1936, dándole la Junta la Bienvenida en la sesión de 28 de marzo siguiente⁸.

José de la Peña y Cámara, atendía en su condición de Auxiliar temporal las enseñanzas de Historia del Derecho y de Economía y Hacienda Pública desde 1930 en que obtuvo la plaza⁹; De la Peña desempeñó la docencia durante toda la República y también la tarea de gestión correspondiente a la de Vicesecretario de la Facultad¹⁰.

Javier Conde García, era Auxiliar numerario afecto a la Cátedra de Derecho Político, por acuerdo unánime de la Junta de Facultad de 1930. Pero tenía dispensa legal, desde 1933, para desempeñar el cargo de Oficial de la Secretaría Técnica del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes¹¹.

a Auxiliares “interinos”, que son aquellos Ayudantes de Clases prácticas que por necesidades docentes, son designados, por acuerdo de la Junta de Facultad, Auxiliares para un curso académico.

⁷ Acta de la Junta de Facultad de 28 de septiembre de 1933, folio 163, donde se indica que ha sido nombrado para dicho cargo por Orden Ministerial de 15 de febrero de 1933.

⁸ Acta de la Junta de Facultad de 28 de marzo de 1936, folio 257.

⁹ Acta de la Junta de Facultad de 20 noviembre 1930, fols. 84-87; donde se ofrece un relato muy detallado de las explicaciones del voto de los miembros de la Junta erigidos en Comisión juzgadora del concurso al efecto.

¹⁰ Acta de la Junta de Facultad de 3 de junio de 1932, fol. 135, tras la dimisión irrevocable de Campo Redondo.

¹¹ En el Acta de la Junta de Facultad de 13 noviembre 1935, folio 245, se denuncia que se permita que el desempeño del cargo en Madrid en el Ministerio sea compatible con el de la plaza de Auxiliar de la Facultad de Sevilla, “ausente”, compatibilidad que afecta inclusive en lo que se refiere a la percepción de sus haberes como Auxiliar temporal. Esta anómala circunstancia ya se había evidenciado y denunciado con motivo de darse conocimiento a la Junta de Facultad de su nombramiento ministerial en la Sesión de 15 de mayo de 1933 (Véase el folio 157 del Acta de dicha Junta); y se reitera la protesta en el acta de la sesión de 19 de octubre de 1934, folio 191.

Otros Auxiliares, que obtienen su plaza mediante el oportuno concurso y con importante protagonismo docente durante la Republica fueron: *Adolfo Cuéllar Rodríguez*, adscrito a las enseñanzas de Derecho Penal y Procesal, que en 1931 obtiene la plaza¹²; *Miguel Royo Martínez*, adscrito a las enseñanzas de Derecho Romano, Derecho Natural (luego Filosofía del Derecho), Derecho Canónico¹³; *José María Domenech Romero*, adscrito a las enseñanzas de Derecho Penal y Derecho Procesal¹⁴. *Antonio Hoyuela del Campo* adscrito a las enseñanzas de Derecho Mercantil y Derecho Internacional Público y Privado¹⁵. *Manuel Gordillo García*, adscrito a las enseñanzas de Derecho Mercantil y Derecho Internacional Público y Privado¹⁶.

En determinadas ocasiones cuando por ausencia legal del Catedrático el Auxiliar temporal se hace cargo de la Cátedra y accede a ser Encargado de Cátedra, ciertos Ayudantes de Clases prácticas, por acuerdo de la Junta de Facultad son nombrados Auxiliares "interinos". Son los casos, entre otros los de *José María del Rey Caballero* que lo será de Derecho internacional Público y Privado¹⁷; *Nicolás Soler Fernández de los Senderos*, en Filosofía del Derecho¹⁸; *Carlos Ollero Gómez* en Derecho Político¹⁹.

II. DEBATES Y ACUERDOS SOBRE RECURRENTES PROPUESTAS PARA ELEVAR EL NIVEL ACADÉMICO DE LA FACULTAD

Pues bien, precisamente cuando está terminando el primer curso académico republicano (1931/32), en la última Junta de Facultad del mismo –la que se celebra con motivo de convocatoria urgente para el día nueve de junio de mil

¹² Acta de la Junta de Facultad de 27 de mayo de 1931, fol. 98.

¹³ Acta de la Junta de Facultad de 2 de diciembre de 1931, fols. 112- 115, en las que se describen las incidencias del concurso.

¹⁴ Acta de la Junta de Facultad de 18 de febrero 1932, fols. 115-116.

¹⁵ Acta de la Junta de Facultad de 3 de junio de 1932 fol. 133.

¹⁶ Acta de la Junta de Facultad de 28 de septiembre de 1932, fol. 141.

¹⁷ Acta de la Junta de Facultad de 9 de octubre de 1933 fol. 164.

¹⁸ Acta de la Junta de Facultad de 19 de octubre de 1934 fol. 190.

¹⁹ Acta de la Junta de Facultad de 28 de marzo de 1936, fol. 256.

novecientos treinta y dos²⁰—, se tratan y debaten con intensidad determinados asuntos, que tienen que ver con las *propuestas para la mejora del nivel académico de la carrera de Derecho*. Poniendo énfasis en determinadas exigencias académicas que pretenden que la Facultad de Derecho cumpla adecuadamente las funciones universitarias que debe desarrollar. El único punto del orden de día, que sirvió como referencia principal de estos asuntos, tiene como intitulación: el conocimiento, deliberación y toma de acuerdos sobre la Orden Circular del Ministerio de Instrucción Pública [cuyo titular era Fernando de los Ríos], referente al Problema de la enseñanza universitaria y las Profesiones Liberales²¹.

La citada Orden Ministerial plantea y solicita consiguientes propuestas de solución a un grave problema de masificación universitaria, constatado por el hecho de la “avalancha de estudiantes que ha invadido las universidades”. Circunstancia que ha determinado, por un lado, un “*aumento del número de intelectuales proletarios*”. Lo cual a su vez provoca desde el punto de vista socioeconómico “que *los campos* quedan insuficientemente atendidos, *las industrias* que requieren trabajadores cualificados no los hallan o tienen que aceptarlos de inferior eficiencia y *las actividades comerciales* carecen asimismo de personas suficientemente preparadas para sus modernos empeños”. Realidades, que a su vez, hacen muy evidente, por tanto, “que las Universidades no puedan evitar *el descenso en el nivel de sus estudios*, [sobre todo, a mayor abundamiento, si se tiene en cuenta] que la masa estudiantil que hace diez años existía en nuestro país, era ya excesiva *para una labor formativa realmente seria*”.

Se había producido y se seguía provocando, por tanto, un grave problema de demanda y *masificación* en los estudios universitarios —sobre todo los de Derecho—; que por demás traía como inmediata e indeseable consecuencia una *bajada considerable del nivel académico de los estudios* de esta índole. Y además, con la grave consecuencia socioeconómica de que *se restara o detrajera población trabajadora a otros sectores sociales*, sobre todo los socioeconómicos, *representados* por la agricultura, la industria, el comercio y otros servicios.

²⁰ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, fols. 136-140.

²¹ La Orden Circular del Ministerio de Instrucción Pública es de 26 de mayo de 1932 (publicada en la Gaceta el 3 de junio del mismo año, págs. 1672-1673).

Según la citada Orden ministerial, eran, ante todo, las Facultades universitarias quienes debieran estudiar y pronunciarse sobre esta problemática; puesto que afecta cabalmente a su función universitaria esencial, la de cultivar, por encima de todo, la cultura de “el saber, por el saber”.

Nuestra Facultad se pronunció mediante un acuerdo formal siguiendo las sugerencias que, a modo de ejemplo, se indican en la citada *Orden Circular* de Fernando de los Ríos, integrado por determinadas propuestas. Y en cuyo contenido, en síntesis, destacan los pronunciamientos sobre las exigencias en la enseñanza universitaria (especialmente la que se refiere al Derecho); y asimismo otros que sugieren la creación o desarrollo de lo que se barrunta como enseñanzas no propiamente universitarias o de formación profesional. Así pues, el acuerdo formal de nuestra Facultad sobre los requerimientos ministeriales podemos relacionarlo sistemáticamente como sigue:

1º) Ante todo “la Universidad ha de estar orientada principalmente en un sentido de formación cultural y no en el de preparación profesional”²². Por ello, a fin de aumentar el nivel académico de la Carrera de Derecho se proponen medidas de exigencia para el ingreso en la Facultad. Lo cual trae como consecuencia, no sólo aumentar la exigencia de la *prueba general para el ingreso en la Universidad*; sino también en concreto para el *ingreso en el centro o Facultad de Derecho*²³.

De tal manera que, de un lado, para ingresar en la Facultad de Derecho se estableciera *una prueba de aptitud específica* para ello. Y, de otra parte, que, que el *curso preparatorio*, obligatorio, que ya existía, con motivo del Plan de estudios de la carrera de Derecho²⁴, fuera también: un curso preparatorio *de carácter*

²² Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, fol. 138, conclusión 1ª).

²³ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, en fols.136-137, el Catedrático de Filosofía del Derecho Rubio Sacristán fol.137, asevera durante el debate del acuerdo que: “Es preciso elevar el nivel cultural universitario, no por medio de cupos rígidos, pero sí por otros medios tales como unos *requisitos de ingreso* que garanticen en el alumno universitario *un nivel más elevado que el actual* a la vez que se hace posible el acceso a la Universidad a las varias clases sociales”.

²⁴ Plan de Estudios “provisional” de 11 de septiembre de 1931.- Artículo único. Para el próximo curso académico de 1931 a 1932 regirá en la Facultad de Derecho el plan de estudio que a continuación se publica: *Curso preparatorio... La facultad de Sección de Filosofía y Letras organizará el curso preparatorio... Véase más adelante el apartado IV. La necesidad de un curso preparatorio “propio” de la Facultad de Derecho.*

específico –no simplemente humanístico general– y desde luego impartido por Profesores de la Facultad de Derecho.

2º) Por lo que se refiere al desarrollo del plan de estudios de la carrera de Derecho, se decidió proponer: el aumento de la exigencia tanto durante el *desarrollo* de la impartición de los sucesivos cursos de la carrera; así como en lo que se refiere a la *culminación* u obtención *del grado*²⁵.

Para ello, de una parte, se debería aplicar un *riguroso sistema diacrónico de incompatibilidades* entre las asignaturas cursadas en los sucesivos cursos²⁶; y de otro establecer un *examen de estado* para culminar la carrera, ante un tribunal, expresamente integrado por profesores que no hayan impartido clases a los alumnos que se examinen²⁷.

3º) Ahora bien, en ningún caso, se propuso y acordó, que estas exigencias académicas, deberían ser factores de exclusión de acceso a la facultad. Por ello, desde luego, se propuso, simultáneamente a estas exigencias, “que *no cabía fijar cupos* ni para el ingreso en la Universidad ni para el número anual de sus graduandos”. Pues ha de tenerse en cuenta –se argumenta–, que el acceso a los diferentes grados de Universidad debe fundamentalmente hacerse depender de la capacidad del aspirante. Excluyéndose, cuanto sea posible, aquellas limitaciones que para ese puro criterio selectivo puedan derivarse de la posición económica del estudiante. Razón por la que habría de legislarse, con criterio amplísimo,

²⁵ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, fol. 139, conclusión 2ª). “Urge elevar al máximo tanto el nivel exigible para el ingreso en la Universidad como para la obtención de grados universitarios. Lo primero no es tarea universitaria sino en cuanto ha de lograrse fundamentalmente por la unificación de la enseñanza de la Escuela a la universidad sin soluciones de continuidad... lo segundo se conseguirá principalmente por rigurosa y amplias pruebas finales a cargo de Profesores que no hayan ejercido su función docente con los examinandos”.

²⁶ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, fol. 137, concretamente los representantes de los ¡¡alumnos!! Sr. Infante Florido y Sr. González Vaello [o Baello, sic], proponen “la imposibilidad de que el alumno que tuviera un determinado número de suspensos continuara los estudios”.

²⁷ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, fol. 137, el Catedrático Rubio Sacristán asevera “[Además] con un examen final [de carrera] intenso a cargo de Profesores que no hubieran sido de los examinandos, se conseguiría esa elevación del nivel cultural universitario y además de modo indirecto reducir el número de graduados”.

sobre la concesión de matrículas “gratuitas” y “rebajadas”, a la vez que deberían elevarse los derechos de matrícula para la matrícula ordinaria²⁸.

4º) La pretensión de elevar el nivel teórico de las enseñanzas del saber jurídico, “el saber por el saber” tuvo también sus consecuencias en el perfil práctico de la docencia. Por ello se acordó además la propuesta de otorgar a los colegios profesionales (de abogados, procuradores, notarios, registradores) todo lo concerniente a *la práctica del Derecho*²⁹.

5º) Y por lo que se refiere a la “avalancha de estudiantes que pretenden ser universitarios”, por no tener otra opción para promocionarse o sobrevivir, se apunta como solución, neutralizarla mediante “una amplia *política de organización de Estudios técnico-profesionales [Formación profesional]* de carácter agrícola, industrial, mercantil, etc. Que atraerían a muchas de las personas que hasta ahora vienen acudiendo a las Facultades universitarias desplazándose de su medio natural”³⁰.

No se elevaron a categoría de acuerdos, incluibles en el informe determinadas propuestas, defendidas por los alumnos intervinientes en el debate. Concretamente las presentadas por los representantes de la FUE, Jerónimo Infante Florido y González Vaello; quienes proponían como medida para elevar la cultura del saber universitario, la supresión de algunas Universidades –a la que se adhirió el Prof. De la Peña– en cuanto que redundaría en la disminución de alumnos universitarios. Y por demás, concretamente los alumnos citados, propusieron para abundar en la calidad cultural de las Facultades “la supresión de traslados de

²⁸ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, fol. 139, conclusión 2ª).

²⁹ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, fol. 139. “la solución debe afrontarse principalmente intensificando y ampliando los requisitos exigibles para el acceso a dichas profesiones [liberales], aparte del previo de poseer un título universitario, tales como examen de Estado, *periodos de prácticas controladas por colegios y asociaciones...*”.

³⁰ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, fol. 137, Rubio Sacristán “expresa la conveniencia [con motivo de la pretendida reducción de Graduados universitarios] de que se amplíen y articulen con los estudios propiamente universitarios, aquellos otros especiales agrícolas, mercantiles y en general de carácter técnico, de forma que se facilite el acceso a ellos y a las profesiones para que habilitan, a aquellas personas para quienes los estudios estrictamente universitarios significan actualmente un desplazamiento de su medio social” . Propuesta que es recogida casi literalmente en la conclusión 3ª), fol. 139.

matrícula e imposibilidad de que el alumno que tuviera un determinado número de suspensos continuara los estudios”³¹.

Las ideas o propuestas, que más directamente afectaron a nuestra Facultad, con motivo de este debate, se reiteran y pretenden transformarse en acuerdos, para su inmediata puesta en práctica, en posteriores sesiones de Junta de los cursos académicos de la República. En ellas con frecuencia se reflejan: la reiterada preocupación por una *Prueba específica de aptitud* para los aspirantes a universitarios que quieran ingresar en la Facultad de Derecho; así como la programación de un *Curso preparatorio*, controlado por la propia Facultad. Aparte de las propuestas y acuerdos sobre rigurosos regímenes de *incompatibilidades diacrónicas* en el Plan de Estudios.

III. EL ASUNTO DE LA PRUEBA “ESPECÍFICA” DE APTITUD PARA INGRESAR EN LA FACULTAD DE DERECHO

La necesidad de la *Prueba “específica” de aptitud* para ingresar en la Facultad de Derecho, fue una cuestión recurrente a lo largo de los siguientes cursos académicos, y se trató por fin con profusión y fuerte compromiso de aplicación en las Juntas de Facultad celebradas durante el primero y segundo trimestre del curso académico 1934/35.

1. Así el punto segundo del orden del día de la Junta de Facultad de 15 de diciembre de 1934 lleva como intitulación “Régimen de ingresos en la Facultades”³². Su deliberación y debate comenzó con la exposición por parte del Secretario de la Facultad Sr. Martínez Pedroso –Catedrático de Derecho Político del Estado–, de la situación con motivo de este asunto³³.

De un lado, trajo a colación el Decreto de 7 de noviembre de 1934 [Gaceta del día 9] que establece la prueba de ingreso en las Universidades, con el nombramiento de tribunales que excluyen a los Profesores de la Facultad de Derecho (sólo pueden participar en los mismos profesores de las Facultades de Letras y de Ciencias; y en caso eventual profesores de Instituto). Y de otro la Orden

³¹ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 9 de junio de 1932, fol. 138.

³² Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 15 de diciembre de 1934, folios 203-205.

³³ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 15 de diciembre de 1934, folios 203-204.

ministerial posterior de 10 de diciembre de 1934 (Gaceta del 12), que en su apartado 1º reza así: “El examen de ingreso en las Universidades *será independiente* de las pruebas que para la admisión de alumnos hayan establecido o acuerden establecer las distintas Facultades”.

Y asimismo, recuerda el Secretario, que la Facultad de Derecho de Sevilla se ha declarado en sus sucesivos informes al Ministerio, y muy especialmente en la Ponencia presentada a la Junta de Rectores reunida en Madrid por el Ministro, en el próximo pasado mes de septiembre (de 1934), a favor de un Examen de Ingreso en la Facultad de Derecho, organizado por ella y con un tribunal integrado por los Profesores de la misma. Abunda, por demás, el Catedrático y Secretario de la Facultad, Martínez Pedroso, en que no conviene renunciar a tal aspiración, por cuanto la citada Orden ministerial reconoce explícitamente a las Facultades este Derecho.

2. Abierta la fase de deliberación el Sr. Pelsmaecker se reitera en las razones expuestas por el Secretario. Y el Sr. Castejón hace algunas observaciones sobre la duplicidad de exámenes de ingreso en la Universidad que ello supondría, a la que se declara opuesto. Por su parte el Sr. Decano Prof. García Oviedo declara que ha de examinarse el asunto bajo dos aspectos: el de si procede establecer dicho examen de admisión en la Facultad; y el de definir en qué consista esta prueba o examen³⁴.

Sometido a votación, la Junta por unanimidad se manifestó de acuerdo con la necesidad de establecer un examen o prueba de ingreso en la Facultad y a cargo de esta misma. Consiguientemente se convino el nombramiento de una *Ponencia*, integrada por el Decano (García Oviedo), el Secretario (Martínez Pedroso y el Vicesecretario (De la Peña), para que estudie el asunto y presente un informe en la próxima Junta que haya de celebrarse una vez transcurridas las vacaciones de Navidad³⁵.

3. Y así sucedió; de manera que el 22 de enero de 1935 se celebró la “*Junta de Facultad monográfica sobre la Prueba de aptitud específica para ingresar en la*

³⁴ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 15 de diciembre de 1934, fol. 205.

³⁵ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 15 de diciembre de 1934, fols. 204-205.

Facultad de Derecho de Sevilla”, en la que se trató con profusión el asunto³⁶. La deliberación se centró sobre el documento presentado al efecto por la elegida Ponencia, en el que se destacaba, en primer lugar la diferencia entre “la Prueba de ingreso en la Universidad” aprobada por el Decreto, que tiene “un carácter muy definido” de Reválida sobre lo aprendido en los Institutos de Enseñanza media; y “la prueba específica de aptitud para acceder a las Facultades universitarias”, ya establecidas por algunas de ellas, que según la Orden ministerial que desarrollaba aquél, reconoce el derecho “de las demás a establecerlas en el futuro;[pues] a nadie más que a las propias Facultades compete determinar quiénes han de ser sus alumnos”³⁷.

Y se pronuncian los ponentes a favor de la opción de establecerla, pues renunciar a ello “equivaldría a negar una clara [aspiración de] autonomía académica, que en otras ocasiones afirmó, de forma muy marcada, nuestra Facultad”. Además porque “sin una selección previa [de los alumnos] no es posible que una Facultad pueda trabajar con fruto”; a parte del argumento “del recargo de alumnos de la Facultad de Derecho por la puerta estrecha de otras Facultades y la ancha de la nuestra al no existir esa selección”. Y asimismo “el dato de que en la composición de los tribunales de las pruebas de acceso en las Universidades están excluidos los Catedráticos de la Facultades de Derecho”³⁸.

Por lo que se refiere al *carácter de dicha prueba* se resalta que no debe tener el carácter de doble examen con respecto a la de acceso a las Universidades; sino que debe mirar a propiciar una verdadera preparación del futuro estudio inmediato, el que corresponde a nuestra Facultad. Por ello su programación ha de ser labor y arte de la Facultad de Derecho. Y además debe establecerse “sin demora”. De ahí que se establezcan dos pruebas: una, de urgencia, para la inmediata convocatoria [la correspondiente al curso 1935/36] y otra, más meditada, para las siguientes.

Así “propondríamos –dicen los ponentes– por este año, a los alumnos de la inmediata convocatoria, una prueba de aptitud “propia” de la Facultad que

³⁶ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 22 de enero de 1935, fols. 205-211.

³⁷ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 22 de enero de 1935, fols. 205-207.

³⁸ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 22 de enero de 1935, fol. 207.

tendría el siguiente contenido³⁹: a) una sencilla *prueba elemental de latín* sobre textos jurídicos sencillos; y b) una *prueba* escrita sobre un tema *de cultura, con coloquio* sobre lo redactado”.

De otra parte, recomiendan que “a partir del mes de marzo, podría organizar la Junta, y con vistas a las futuras convocatorias de la prueba de aptitud, un curso trimestral de carácter voluntario, que variaría en años sucesivos, según las experiencias y las necesidades de la práctica. De manera que para el próximo trimestre podría estar constituido por los siguientes temas: a) Latín jurídico; B) Introducción a la Ciencia Jurídica; y C) Coloquios libres sobre temas culturales”⁴⁰.

4. Tras la exposición del documento y propuesta de la Ponencia se abrió el turno de deliberación y debate por el Decano, para que los miembros de la Junta asistentes se pronunciaran. De dicho turno destacamos los siguientes pormenores: todos los presentes se mostraron favorables a la realización de la prueba de aptitud específica para ingresar en la Facultad, salvo Castejón. Para él esta prueba tendría carácter de doble examen; y se solucionaría indicando a los miembros del Tribunal de la prueba de Ingreso en la Universidad, del cual no pueden participar los profesores de la Facultad de Derecho, cuáles sería las exigencias para ingresar en esta. Y además si la Facultad estableciera un examen de ingreso riguroso, los estudiantes podrían burlarlo, ingresando por otra Universidad y trasladándose luego a la Facultad de Sevilla. Pero Pedroso advierte que, según el artº 9 del Decreto de 7 de noviembre de 1934, solo surte efecto para la Universidad donde dicha prueba se haya verificado⁴¹.

Entre los partidarios de la prueba de aptitud existe una mayoría que prefiere su inmediata implantación, en tanto que la minoría propone que se posponga al próximo curso.

5. Sometida a votación la propuesta, presentada por la Ponencia, se acuerda aprobarla en toda su integridad; de tal modo que se aplique la exigencia de dicha prueba de forma inmediata, es decir en la próxima convocatoria. Y sólo

³⁹ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 22 de enero de 1935, fols. 207-208.

⁴⁰ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 22 de enero de 1935, fol. 208.

⁴¹ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 22 de enero de 1935, fols. 208-210.

para este caso el contenido de la prueba exigible a los alumnos estará integrada por: a) una "sencilla" prueba elemental de latín sobre textos jurídicos "sencillos"; b) una prueba escrita sobre un tema, "también sencillo" de cultura, con coloquio sobre lo redactado⁴².

Se delega en el Sr. Secretario la oportuna publicidad del acuerdo de la Junta, así como la redacción de la convocatoria de la prueba de aptitud de aplicación inmediata. Asimismo se pospone para la próxima Junta la redacción del contenido de la prueba de aptitud que deba celebrarse en adelante, en las correspondientes convocatorias⁴³.

Terminada la votación el Señor Castejón solicita el uso de la palabra para explicar su voto en contra, reiterándose en las mismas alegaciones que hizo durante el debate. Pero añadiendo, que una vez aprobada la prueba, la misma debería enriquecerse con *un apartado psicotécnico*; encomiando el valor práctico de este perfil de la prueba, la cual según él se practica en otros Centros, en la que existe personal apto para realizarla⁴⁴.

6. En la próxima siguiente sesión de la Junta de Facultad, a la vista de una sobrevenida Orden Ministerial de 30 de enero de 1935, –que aplaza la aplicación de las pruebas de ingreso en las Universidades, para el curso 1935/36, hasta la convocatoria de septiembre– mediante acuerdo de dicha Junta, celebrada el 19 de febrero de 1935, se conviene también posponer las pruebas de aptitud para la Facultad⁴⁵.

Ello no obsta para que se acuerde elevar al Ministerio mediante el escrito el acuerdo de la Junta sobre este asunto⁴⁶. Que concretamente, por lo que se refiere a estas pruebas de aptitud para el ingreso en la Facultad en la próxima convocatoria, presenta el diseño siguiente: a) Ejercicios de traducción del latín y

⁴² Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 22 de enero de 1935, fol. 210.

⁴³ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 22 de enero de 1935, fol. 211.

⁴⁴ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 22 de enero de 1935, fol. 211.

⁴⁵ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad celebrada el 19 de febrero de 1935, fols. 211-213.

⁴⁶ El escrito se contiene en el Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 19 de febrero de 1935, fols. 212-213.

francés jurídico sobre textos sencillos; b) Preguntas sobre propedéutica jurídica y temas de cultura, orientados hacia la enseñanza de la Facultad; c) Y asimismo se conviene el criterio de que dicha prueba esté sujeta a variaciones en años sucesivos en función de las experiencias y necesidades de la práctica.

De igual modo se proponía y concretaban la organización de cursos trimestrales libres que facilitarían la preparación de los aspirantes a estas pruebas.

Precisamente en las sesiones de preparación del curso 35/36, el Secretario “recuerda que no se ha recibido respuesta a los escritos dirigidos al Ministerio sobre implantación de prueba de aptitud para el Ingreso en la Facultad y sobre organización de los cursos de preparación [propios]”. Razón por lo que la Junta acuerda que se reproduzcan los citados escritos solicitando, la inmediata implantación de los Cursos de Preparación propios y de la Prueba de aptitud específica para ingresar en la carrera de Derecho⁴⁷.

IV. EL DISEÑO DEL CURSO PREPARATORIO “PROPIO” PARA ESTUDIAR LA CARRERA

Una exigencia, entre otras –como ya vimos más arriba–, al disertar sobre las cualidades de una Facultad universitaria especialmente preocupada por la calidad del saber jurídico que enseña, era la de elevar el nivel de formación de los que ingresan. De ahí la ordenación y preparación de *cursos preparatorios ad hoc*, aparte, como hemos visto, de pruebas de aptitud específicas para ingresar en la Facultad de Derecho.

1. Un Curso Preparatorio previo al ingreso en la Facultad de Derecho estaba prescrito en el Decreto del Plan de Estudios Jurídicos de 1931; pero con el requisito de que lo debería organizar la Facultad de Filosofía y Letras⁴⁸. La superación de las asignaturas que integraban dicho curso (Introducción a la Filosofía;

⁴⁷ Acta de la Sesión de la Junta Facultad de 17 de septiembre de 1935, folio 232, en la que se programa el curso académico 1935/36; que se completa con la del día 28 del mismo mes y año.

⁴⁸ Plan de Estudios de 1931.- “la Facultad o Sección de Filosofía y Letras organizará el curso preparatorio, pudiendo en caso necesario utilizar los servicios del Catedrático de Latín del Instituto, encargándole del desempeño de la Cátedra de Lengua latina”.

Historia de España; Historia General de la Cultura; y Lengua Latina) era condición indispensable para obtener el título de licenciado en Derecho; y asimismo dichas asignaturas, según el citado Decreto, debían cursarse previamente a los cinco cursos de la carrera de Derecho. En la práctica esta obligatoriedad de realización previa no se aplicaba y las asignaturas se cursaban a lo largo de la carrera⁴⁹.

Pero ni los Profesores ni los alumnos estaban de acuerdo con este planteamiento ministerial del Curso Preparatorio. Ambos, profesores y alumnos rechazaban que la organización correspondiera a la Facultad de Filosofía y Letras y no a la de Derecho; y además defendían una programación de asignaturas formativo-culturales más propiamente jurídicas. En las Actas de la Junta de la Facultad del curso académico 1934/35 constan reiteradamente propuestas en este sentido. Y concretamente en las sesiones de preparación del curso 1935/36, el Secretario "recuerda que no se ha recibido respuesta a los escritos dirigidos al Ministerio sobre... La organización de los cursos de preparación [propios]". Razón por lo que la Junta acuerda que se reproduzcan los citados escritos solicitando, la inmediata implantación de los cursos de preparación *proprios*⁵⁰.

2. Y ante el persistente silencio del Ministerio sobre esta propuesta (Cursillos Preparatorios *proprios*, sin intervención de la Facultad de Letras) la Junta de Facultad adoptó el acuerdo de la programación, para este curso 35/36, de unos *Cursillos Preparatorios, impartidos por Profesores de la Facultad*. De manera que dichos "Cursillos propios", en principio complementarios, sustituyeran, en su caso, el Curso Preparatorio del Plan del 31, si el Ministerio se pronunciaba a favor de su derogación⁵¹.

Los Cursillos preparatorios "propios" aprobados por la Junta de Facultad fueron los siguientes: A) Introducción a la Ciencia Jurídica, a cargo de Don Felipe González Vicén; B) Historia Política y de la Cultura de los Siglos XVI a XIX; y C) Francés o Alemán Jurídico, ambos los impartiría Don Manuel Martínez Pedroso; y D) Latín Jurídico, del que habría de encargarse el Sr. Pelsmaeker, "aunque se abstiene sin embargo de dar una respuesta definitiva hasta la próxima Junta".

⁴⁹ MARTÍNEZ NEIRA, MANUEL, *El Estudio del Derecho, Libros de textos y planes de estudios en la Universidad contemporánea*, cit., 146.

⁵⁰ Acta de la Sesión de la Junta de facultad de 17 de septiembre de 1935, folio 232, en la que se programa el curso académico 1935/36; que se completa con la del día 28 del mismo mes y año.

⁵¹ Acta de la Sesión de la Junta de facultad de 28 de septiembre de 1935, fols. 236-237.

Por lo que se refiere al desarrollo de su programación el acuerdo de la Junta prescribe: a) que quede, a iniciativa de los Profesores encargados de estos cursillos, el otorgamiento de la intitulación concreta de cada uno de ellos, siempre dentro de la materias previstas; b) la impartición de los mismos en dos periodos; c) que la asistencia a estos cursillos sea libre; d) pudiendo concurrir a ellos todos los alumnos de la Facultad, previo pago por derecho de inscripción de cinco pesetas por curso; e) que la matrícula se pueda realizar en la primera quincena del mes de octubre; y f) que los cursos, que darían comienzo en la segunda quincena del mismo mes, se expliquen por la tarde con la periodicidad de dos horas por semana⁵².

La Junta en su acuerdo pone énfasis en que la asistencia a estos cursos será requisito indispensable para la concesión de becas, bolsas de viaje, admisión a Seminarios; y asimismo que se considere como mérito especial para todos los concursos y otros beneficios que pueda otorgar la Facultad⁵³.

Estos cursos tuvieron una gran demanda pues en la Junta de Facultad celebrada al día siguiente del cierre del plazo para la matriculación (16 de octubre de 1935), el Secretario, Martínez Pedroso, da cuenta de las inscripciones "que suman el número de 172 en la totalidad de los diversos cursos". Asimismo se acordó por unanimidad de los presentes en dicha Junta "que el importe de estas inscripciones se asigne íntegramente a los Catedráticos a cuyo cargo corre el desempeño de los cursos en razón del número de inscripciones de cada uno"⁵⁴.

3. La prueba más evidente de que este sistema resultó exitoso lo acredita la lectura, en la sesión de Junta de Facultad de 28 de marzo de 1936, de un escrito-instancia, presentado por el representante de los alumnos Carlos Ordóñez Romero, quien en nombre de los alumnos de la Facultad solicita del Sr. Ministro que "se sirva ordenar la derogación, hasta [que] no se establezca [oficialmente] un nuevo y verdadero preparatorio, las disposiciones vigentes, en el sentido de que no sea necesario la aprobación de las asignaturas, del repetido curso preparatorio [dispuesto en el Decreto que regula el Plan 1931] [organizado por] la Facultad de Filosofía y Letras, para obtener el Título de Licenciado en Derecho"⁵⁵.

⁵² Acta de la sesión de la Junta de Facultad de 28 de septiembre de 1935, fols. 236-237.

⁵³ Acta de la sesión de la Junta de Facultad de 28 de septiembre de 1935, fol. 237.

⁵⁴ Acta de la Sesión de Junta de Facultad de 16 de octubre de 1935, fol. 244.

⁵⁵ Acta de la Sesión de Junta de Facultad de 28 de marzo de 1936, fol. 255.

Con este motivo hicieron uso de la palabra los Prof. González Vicén y el Prof. Candil, "mostrándose en principio conformes con algunos de los razonamientos de la mencionada instancia [presentada por el representante de los alumnos Sr. Ordoñez]; y sobre todo con la necesidad de establecer en la Facultad un verdadero curso preparatorio que habilitara a los alumnos para entrar con fruto en los estudios jurídicos. Pero mostrándose contrarios a que se modifique hasta tanto [el Ministerio derogue o modifique] la situación actual, por la desigualdad que esto establecería a favor precisamente de quienes hubieren demostrado la aprobación de las asignaturas complementarias que ahora se exigen"⁵⁶.

A tenor de lo expuesto, la Junta acordó que se informara la instancia en cuestión del representante de los alumnos en el sentido de que procedía "establecer en la Facultad un verdadero Curso Preparatorio de iniciación a los estudios jurídicos y solicitar a la Superioridad se sirva disponerlo así, con carácter general, caso que lo estimara oportuno, o en todo caso se sirva autorizar a esta Facultad para incluir en su plan de estudios, con carácter de curso preparatorio, aquellas enseñanzas que a tal fin se consideren pertinentes [como ha sucedido en el presente curso 35/36], a partir del próximo año académico (36/37). No procediendo entretanto la modificación del vigente plan de estudios"⁵⁷.

V. LA NECESIDAD DE UN ORDEN PROGRESIVO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. LAS INCOMPATIBILIDADES DIACRÓNICAS

Entre el profesorado de la Facultad de Derecho republicana existe una conciencia muy clara y acentuada acerca de que los estudios jurídicos deben programarse mediante un orden progresivo en su aprendizaje o enseñanza, "el buen orden de los estudios de Derecho"; ese sentido tienen los sucesivos "cursos" o "grupos" de asignaturas que integran el Plan de estudios. De ahí que la Junta tenga establecido un sistema muy riguroso de *incompatibilidades diacrónicas* en la matriculación de las asignaturas. Hasta tal punto es así que concretamente el Profesor Martínez Pedroso no se resiste a realizar planteamientos maximalistas sobre este asunto. De modo que a la vista de la poca formación histórica que

⁵⁶ Acta de la Sesión de la Junta 28 de marzo de 1936, fol. 255.

⁵⁷ Acta de la Sesión de 28 de marzo de 1936, fol. 256.

él aprecia, cuando expone su asignatura de Derecho Político del Estado, llega a proponer que la no superación, de las asignaturas básicas de Derecho Romano e Historia del Derecho, tenga efecto preclusivo con la matriculación de las restantes asignaturas, salvo Economía y Hacienda Pública. Propuesta en la que abunda y a la que se adhiere sobre todos el Prof. Pelsmaeker, así como los restantes Catedráticos y Auxiliares presentes en la Sesión de la Junta de Facultad de 11 de junio de 1934. Por lo que consiguientemente se acuerda "que a partir del próximo curso 1934/35 el estudio y la aprobación de las Instituciones de Derecho Romano y de la Historia General del Derecho Español preceda necesariamente al de todas las otras materias del vigente Plan de estudios, añadiéndose por tanto esta incompatibilidad a las ya restantes"⁵⁸.

Un *cuadro de incompatibilidades* –que incluía a esas ya restantes– en virtud del cual: a) no es posible matricularse de más de dos asignaturas del curso superior teniendo pendiente alguna del inferior; b) y en ningún caso procede la matriculación de asignaturas de cursos superiores, que por razón de la materia también se cursan en cursos anteriores, sin haberse superados estas. De tal manera que: 1) No procede la matriculación en Hacienda Pública (que se imparte en el cuarto curso de la licenciatura) sin tener aprobada la Economía Política (que está programada en el primer curso de la licenciatura). 2) Preclusión matriculadora que también se aplica a los sucesivos cursos que se imparten de Derecho Civil: Derecho Civil: Parte General (segundo curso de la licenciatura); Derecho Civil [1er curso. Tratados especiales] (que se imparte en el tercer curso de la licenciatura); Derecho Civil [2º curso. Tratados especiales] (que se imparte en el cuarto curso de la licenciatura). 3) No procede la matriculación en Derecho Internacional Privado (quinto curso), sin haber superado Derecho Internacional Público (cuarto curso). 4) Y asimismo no procede matricularse de Derecho Procesal [2º curso]; Procedimientos judiciales y Prácticas Forenses (que se imparte en el quinto curso de la licenciatura); sin tener aprobado Derecho Procesal [1er Curso] (que se imparte en el cuarto curso de la licenciatura)⁵⁹.

Tal vez para salvar y abundar en este riguroso sistema de incompatibilidades diacrónicas "la Junta recomienda que dentro de la legislación vigente en

⁵⁸ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 11 de junio de 1934, fols. 186-187.

⁵⁹ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 8 de junio de 1933, fols. 159-160; Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 28 de septiembre 1935, fol. 237.

materia de traslados se dificulten estos con el mayor rigor posible⁶⁰. De ahí que el número de las *solicitudes de traslados de expediente* sea muy bajo; y cuando tal supuesto ocurre, como acontece con las presentadas ante la Junta por los alumnos Don Rafael Gómez-Caminero y Archillas de Valdeastillas y D. Joaquín Yllán Alcaraz, se proclame que se actúe con rigor "de acuerdo con las disposiciones vigentes en la materia" y "según los criterios mantenidos hasta ahora por la Facultad en la interpretación de las mismas"⁶¹. Y cuando se produce alguna intervención sugiriendo una cierta flexibilidad en las incompatibilidades, sobre todo con motivo de traslados de expedientes, el Profesor Pelsmaecker se queja de que con estas flexibilidades se está produciendo "no una gracia; sino una amnistía"⁶².

⁶⁰ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 28 de septiembre 1935, fol. 238.

⁶¹ Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 28 de marzo de 1936, folios 256-257.

⁶² Acta de la Sesión de la Junta de Facultad de 30 de noviembre de 1934, folios 196-198.

JUSTICIA PENAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL: ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO¹

Ricardo Molina López²

Profesor Asociado (Universidad de Los Andes. Bogotá. Colombia)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS REFORMAS PENALES EN COLOMBIA. III. ESTRUCTURAS PROCESALES PENALES EXISTENTES EN COLOMBIA. 1. En el marco de la jurisdicción penal ordinaria. 2. En el marco de las jurisdicciones encargadas de administrar justicia transicional. IV. DATOS DE LOS PROCESOS PENALES ADELANTADOS POR LA JURISDICCIÓN PENAL ORDINARIA. V. CIFRAS DEL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL (CANI) EN COLOMBIA. VI. JUSTICIA TRANSICIONAL FRUTO DE UN ACUERDO DE PAZ: LA JEP. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Es un verdadero placer participar en este evento internacional que se desarrolla en la Universidad de Sevilla, y en el cual se realiza un análisis del funcionamiento de las administraciones de justicia en España y América. Además, si se tiene en cuenta que el evento sirve de marco para realizar un homenaje al Prof. Dr. D. José MARTÍN OSTOS, pues ya la participación se convierte en un verdadero honor. El Prof. MARTÍN OSTOS ha sido una persona cuya generosidad ha traspasado las fronteras y sus improntas personal y científica han quedado grabadas no sólo en las legislaciones de muchos países de América, sino en un extenso número de discípulos en esa parte del mundo. Soy apenas uno de ellos, pero con la fortuna de poder agradecer directamente al Maestro la amable acogida brindada en la Universidad hispalense para realizar los estudios doctorales.

¹ El presente texto se corresponde a la ponencia presentada en el “Primer congreso internacional «La administración de justicia en España y América»”, realizado en la Universidad de Sevilla los días 19 y 20 de septiembre de 2019.

² Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla; e-mail: r.molina1@uniandes.edu.co

Este trabajo pretende hacer una descripción del estado actual de la justicia penal ordinaria en Colombia, así como de las cifras de violación a los derechos humanos que ha dejado el Conflicto Armado No Internacional (CANI)³ en este país luego de 50 años⁴ y que han dado pie al surgimiento de una jurisdicción penal de carácter transicional fruto de un acuerdo de paz celebrado entre el gobierno colombiano y las guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). Posterior a ello se ofrece un análisis sobre la coexistencia de ambos sistemas jurisdiccionales y finalmente se presentan unas conclusiones.

II. LAS REFORMAS PENALES EN COLOMBIA

El Código Penal colombiano se encuentra contenido en la Ley 599/2000, la cual entró en vigor el 25 de julio de 2001. En poco más de 19 años ese cuerpo ha sido modificado aproximadamente en 59 ocasiones. Y se dice aproximadamente porque no se puede establecer con certeza cuántas han sido las reformas legislativas que lo han impactado. De hecho, recientemente se produjo una reforma constitucional a través de la expedición de un Acto Legislativo, el 01 de 2020, *“por medio del cual se modifica el artículo 34 de la constitución política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”*, la cual evidentemente tiene un profundo impacto en la normatividad penal sustantiva.

Como es de suponer esa gigantesca proliferación de normas penales se manifiesta en la creación de nuevos tipos penales, la modificación de muchos de los ya existentes y en el aumento de las penas para casi todas las conductas punibles establecidas en el Código Penal. Al respecto, vale traer a colación que la Ley

³ SWINARSKI, Christophe, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984: “La definición más reciente de conflicto armado no internacional es la del artículo I del Protocolo II: *Es un conflicto que tiene lugar “[...] en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”*. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdl7w.htm>

⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Report on preliminary examination activities*, 2019, p. 24: “Colombia experienced over 50 years of armed conflict between Government forces, paramilitary armed groups and rebel armed groups, as well as amongst those groups. The most significant actors included: the Revolutionary Armed Forces of Colombia-People’s Army (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, “FARC-EP”), the National Liberation Army (Ejército de Liberación Nacional, “ELN”), paramilitary armed groups and the Colombian armed forces”.

890/2004 en su artículo 14 prescribió el aumento de las penas para todos los delitos contenidos en la Parte Especial del Código penal, incrementando la pena mínima en una tercera parte y la pena máxima en la mitad. Dicho aumento general del ámbito punitivo de movilidad, dentro del cual se deben mover los jueces a efectos de imponer la pena en aquellos eventos en los cuales se haya determinado la responsabilidad penal, estuvo motivado por la búsqueda de un estímulo a los mecanismos de justicia premial, esto es, las formas de terminación anticipada de la actuación que buscan imponer una pena omitiendo la realización de un proceso penal.

Pero el expansionismo punitivo es una constante que se ha manifestado en Colombia desde la década de los años ochenta del siglo pasado. Así pues, desde la expedición del Código Penal de 1980 por medio del Decreto-Ley 100 de ese año, el cuerpo normativo penal sustantivo ha manifestado un abultado crecimiento. Las posteriores reformas penales llevadas a cabo por medio de decretos emitidos por el poder ejecutivo en el marco de estados de excepción –llamados entonces por el texto constitucional vigente “Estado de sitio”– tendientes a realizar un combate legal dentro de las guerras declaradas a los actores del narcotráfico y los grupos subversivos, dieron como resultado una normatividad penal abundante, dispersa e incoherente. Precisamente ese estado de cosas fue lo que dio pie a la reforma penal adelantada en el año 2000 por el entonces Fiscal General de la Nación, la cual tenía como uno de sus objetivos principales sintetizar y armonizar la legislación penal existente.

La legislación penal sustantiva proferida en Colombia durante los últimos 40 años ha buscado no sólo enfrentar estructuras criminales organizadas como las del narcotráfico, trata de personas y criminalidad financiera, entre otras, sino además dotar al Estado de herramientas para enfrentar las acciones de los grupos subversivos de izquierda, grupo paramilitares de derecha, y la delincuencia común. Ese “cóctel normativo” ha generado un caos en la estructuración y funcionamiento del sistema penal, lo cual se evidencia de manera aún más drástica en los modelos de procesamiento penal pergeñados en los últimos treinta años⁵.

⁵ MOLINA LÓPEZ, Ricardo, «El [des]ordenamiento jurídico penal colombiano», en: VELÁSQUEZ, Fernando, *et al.* (Coords.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*, T. 2, Bogotá / Medellín, Grupo editorial Ibáñez / Uniandes / Universidad Pontificia Bolivariana / Eafit, 2013, pág. 1356: “Cuando el aparato de fuentes del ordenamiento jurídico penal funciona sin tener claro que existe un sistema al que nutre con elementos se produce un desbalance que afecta las cualidades básicas de ordenamiento jurídico: la *unidad*, la *plenitud* y la *coherencia*. Si entendemos,

III. ESTRUCTURAS PROCESALES PENALES EXISTENTES EN COLOMBIA

Si se entiende que el proceso penal es un instrumento diseñado para posibilitar la aplicación del derecho penal material o sustantivo a un caso concreto de la vida real de una manera civilizada, no puede perderse de vista entonces que la estructura del proceso penal debe ser idónea para efectivizar la aplicación de la norma sustantiva⁶. En ese sentido, el caos normativo imperante en la legislación penal sustantiva se ha manifestado en la creación de una multiplicidad de formas de procesamiento penal que se encuentran vigentes en Colombia y que generan una serie de antinomias y fracturas no sólo en la configuración y funcionamiento del sistema penal, sino también en los referentes constitucionales de validez. Los modelos procesales penales existentes en Colombia pueden clasificarse así: i) En el marco de la jurisdicción penal ordinaria y ii) en el marco de las jurisdicciones encargadas de administrar justicia transicional.

1. En el marco de la jurisdicción penal ordinaria

En el año 2000, a la par de la Ley 599 (Código Penal) se promulgó también la Ley 600/2000 que introducía un nuevo proceso penal en el ordenamiento colombiano. Con todo, para el año 2004 la Ley 600/2000 fue reemplazada por la Ley 906/2004, la cual supuestamente comportaba la llegada de un modelo de proceso penal de tipo acusatorio en Colombia. Valga decir que esta Ley 906/2004 fue fruto del llamado Plan Colombia, política de colaboración de los

más allá de discusiones al respecto, que un ordenamiento jurídico es un conjunto de normas materialmente validas, las fuentes que proporcionan los elementos al conjunto deben estar ordenadas –de allí que se habla de ordenamiento– a configurar un sistema con un referente de validez, en el cual no deben existir lagunas y en donde las antinomias no tienen cabida porque la respuesta es uniforme a las situaciones fácticas”.

⁶ RENDÓN G., Gustavo, *Curso de procedimiento penal colombiano (parte primera)*, Medellín, Ediciones del Departamento de Extensión Cultural de la Universidad de Antioquia, 1948, pág. 8: “Siendo el Derecho Procesal un instrumento jurídico destinado a poner en movimiento y en ejercicio el derecho sustantivo, es claro que su naturaleza se asimila a la de éste y que en un todo debe concordar y ceñirse a su criterio, pues no podría concebirse, por ejemplo, un Código Penal fundado en determinados principios y ajustado a cierta orientación filosófica, con un Código de Procedimiento penal basado en un criterio contrario y de diferente orientación doctrinaria. En consecuencia, el Procedimiento Penal ha de estar conformado al criterio del Código Penal porque de lo contrario la aplicación de la ley se haría imposible o inoperantes sus postulados básicos”.

Estados Unidos para ayudar a Colombia en la lucha contra el narcotráfico y los grupos armados operantes en el contexto del CANI⁷. No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta el factor subjetivo para fijar la competencia, para un grupo de aforados constitucionales las reglas de procedimiento penal aplicables a éstos continuaron siendo las contenidas en la Ley 600/2000, pero competencialmente bajo la autoridad de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁸. Este órgano jurisdiccional además adelantaba las funciones procesales de acusación y juzgamiento en un proceso de única instancia, en la medida en que la Sala de Casación Penal no tiene superior funcional y es el órgano de cierre de la jurisdicción penal ordinaria.

Respecto de la Ley 906/2004 es importante señalar que esta ha sido objeto de 24 reformas legislativas, aproximadamente, en un lapso de 15 años, y se han efectuado sobre ella más de 154 controles abstractos de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, los cuales se han manifestado en las respectivas sentencias que poseen carácter vinculante según lo dispuesto por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en Colombia, Ley 270/1996⁹. Hasta aquí el panorama más que agobiante es desolador. Pero el caos continúa y se expande.

⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, «*El proceso penal de tendencia acusatoria: entre la inoperancia y el reformismo*», En: Revista de Ciencias Sociales, No. 74 (2019), Universidad de Valparaíso, Chile, pág. 40. “El Código de Procedimiento Penal fue expedido hace poco más de catorce años y fue impuesto al compás de las exigencias del llamado “Plan Colombia” y sin que fuese producto del libre debate de ideas por parte de la academia nacional en estas materias [...]”.

⁸ Cfr. Ley 906/2004, art. 533: “El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política [miembros del Congreso de la República] continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000”.

⁹ Cfr. Ley 270/1996, art. 48: “Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general”.

En el ordenamiento jurídico colombiano¹⁰ existen aproximadamente 10 tipos de procesos penales diferentes. Está por un lado el proceso penal de la Ley 600/2000, con aplicación ordinaria, además del establecido para los miembros del Congreso de la República, según lo dispuesto por la Constitución Política en el art. 235. Entre ambos existen diferencias sustanciales que vale la pena señalar: en el proceso ordinario de la Ley 600/2000, la investigación y la eventual acusación corren por cuenta de la Fiscalía General de la Nación, mientras que la etapa de juzgamiento corresponde a los jueces penales competentes. De otro lado, y hasta bien entrado el año 2018, el proceso penal de la Ley 600/2000 aplicable a los congresistas mostraba las siguientes particularidades: las funciones procesales de acusar y juzgar estaban radicadas en el mismo órgano jurisdiccional, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un trámite que no admitía el ejercicio del recurso de apelación, toda vez que la Sala de Casación Penal no tiene superior funcional por ser la autoridad máxima de la jurisdicción penal ordinaria. Esta situación cambió con la reforma constitucional del año 2018, verificada por el Acto Legislativo 01 de ese año, que modificó el artículo 235 de la Constitución Política, y por medio de la cual se creó la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia. Esa sala está conformada por la Sala Especial de Instrucción y la Sala Especial de Primera Instancia con funciones de juzgamiento. Lo que buscó esta reforma constitucional fue garantizar el acceso a la doble instancia y materializar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, a más de buscar una aplicación en el proceso penal para aforados de la doble conformidad, según las pautas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹¹. Así pues, hasta el año 2018, los miembros del Congreso de la República eran juzgados en una actuación de única instancia por medio de las normas procesales contenidas en la Ley 600/2000.

Con todo, otros aforados constitucionales, piénsese en los ministros del gabinete de gobierno, eran procesados con la aplicación de la Ley 906/2004, en un trámite también de única instancia, pero en el cual la función procesal de

¹⁰ La expresión “ordenamiento jurídico” la utilizo para mantener la compostura académica; pero lo cierto es que sería más propio hablar de “desordenamiento jurídico”. Al respecto remito al amable y desprevenido lector a este trabajo: MOLINA LÓPEZ, Ricardo, «El [des]ordenamiento jurídico penal colombiano», en: VELÁSQUEZ, Fernando, *et al.* (Coords.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*, T. 2, Bogotá / Medellín, Grupo editorial Ibáñez / Uniandes / Universidad Pontificia Bolivariana / Eafit, 2013, págs. 1353-1364.

¹¹ Vid. CIDH, sentencia en el caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, del 30 de enero de 2014.

acusar corre a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Esto ha dado pie a que recientemente la Corte Constitucional, en un fallo de revisión sobre una acción tutela, se haya pronunciado en el sentido de señalar que todas las personas procesadas y condenadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir del 30 de enero de 2014, en trámites de única instancia, tienen derecho a apelar la sentencia condenatoria¹². Ese fallo del juez constitucional ha desatado una fuerte polémica, porque en aras de salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso, paradójicamente ha sentado unas bases muy discutibles que permiten cuestionar la vigencia de los principios de cosa juzgada y prescriptibilidad de la acción penal. En efecto, en el mencionado fallo de tutela, no obstante que la Corte Constitucional admite la procedencia del recurso de apelación contra una sentencia condenatoria proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, determina al mismo tiempo que el fallo susceptible de impugnación ha hecho tránsito a cosa juzgada y que por tanto no se afectan los términos de prescripción en la medida que la acción penal se entiende extinguida por agotamiento. Es decir que, paradójicamente, buscando reivindicar el derecho fundamental al debido proceso el tribunal constitucional se lleva por delante gran parte de los elementos estructurales del debido proceso.

Retomando las consideraciones sobre la Ley 906/2004, se tiene que dentro de las modificaciones más relevantes que ésta ha sufrido cabe destacar la adelantada en el año 2017 por medio de la Ley 1826, la cual introdujo en el proceso penal colombiano la figura del acusador privado en el marco de un procedimiento penal abreviado. Así pues, la Ley 906/2004 contiene varias modalidades de procesamiento penal: i) la aplicación ordinaria para todo tipo de delitos; ii) la aplicación con el procedimiento abreviado para los delitos que exigen la presentación de querrela como requisito de procedibilidad para que la Fiscalía General de la Nación inicie la persecución penal, y iii) la aplicación con el procedimiento abreviado y con el ejercicio de la acción penal por medio de la actuación del acusador privado.

No se pueden dejar de mencionar el procedimiento penal propio de la jurisdicción de menores, el cual se encuentra regulado en la Ley 1098/2006, Código de la Infancia y Adolescencia, el cual contiene a su vez normas procesales penales que inciden en los procesos regulados en las leyes 600/2000 y 906/2004.

¹² Vid. Sentencia SU-146/2020 de la Corte Constitucional de Colombia.

Tampoco se puede omitir la referencia al Código Penal Militar regulado en la Ley 1407/2010, que no obstante contener una estructura de tendencia acusatoria, en el momento actual no se ha creado la infraestructura necesaria para su implementación y, por tanto, sigue siendo utilizado en ese campo jurisdiccional la Ley 522/1999 que presenta un proceso penal de tipo inquisitivo, muy alejado de los estándares que la Corte Constitucional ha defendido en sus recientes pronunciamientos.

2. En el marco de las jurisdicciones encargadas de administrar justicia transicional

En este ámbito existe la Ley 975/2005, denominada Ley de Justicia y Paz (JYP), la cual fue el resultado de un proceso de negociación del gobierno colombiano con los grupos paramilitares de derecha, adelantado entre los años 2002 y 2005. Con esta ley se creó una jurisdicción encargada de administrar justicia transicional fundamentalmente a las personas que integraban los grupos de Autodefensas Unidad de Colombia (AUC). La particularidad de esta ley es que diseñó un modelo de proceso penal transicional, pero con trazas muy propias de un proceso penal ordinario. Además, los órganos encargados de su aplicación estaban ubicados en la jurisdicción penal ordinaria; así, dentro de esta jurisdicción se destinaron órganos para aplicar la Ley de Justicia y Paz. En ese orden de ideas, la FGN creó unidades de fiscalía de Justicia y Paz; los Tribunales de Distrito crearon Salas de Justicia y Paz, y el órgano de cierre sería la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En esa medida, las mencionadas instituciones cumplían funciones propias de la justicia penal ordinaria simultáneamente con funciones propias de jueces transicionales. Evidentemente, más allá de la incidencia de muchos intereses políticos, lo cierto es que esa mezcla de funciones y competencias generó unos resultados paupérrimos, muy lejos de lo que oficialmente se proclamó durante su estructuración.

Dentro del orden de la justicia transicional existe, como una creación del acuerdo de paz celebrado por el gobierno de Colombia con las guerrillas de las FARC-EP, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). A diferencia del modelo de Justicia y Paz, la JEP es un órgano de justicia transicional especial y que orgánicamente no hace parte del poder judicial. Dispone de una fiscalía propia, la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), y comprende unas salas y secciones propias integradas por magistrados elegidos por un Comité de Escogencia de carácter

internacional. Tiene un límite temporal de funcionamiento, el cual en principio sería de 15 años sin perjuicio de que se pueda extender por cinco años más. La JEP comenzó a funcionar el 15 de enero de 2018 y sus objetivos se encuentran definidos en el art. 5 del Acto Legislativo No. 01 de 2017. Dichos objetivos son: “[...] *satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas [...]*”. Para lograr estos cometidos la JEP cuenta con un procedimiento penal propio el cual se encuentra establecido en la Ley 1922/2018. Sobre la JEP y los rendimientos de la aplicación de este modelo de justicia transicional se volverá más adelante.

IV. DATOS DE LOS PROCESOS PENALES ADELANTADOS POR LA JURISDICCIÓN PENAL ORDINARIA

Según los datos del Boletín Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura emitido en el año 2017¹³, y por medio del cual se presentó el balance de la operatividad de la Ley 906/2004 durante los primeros 10 años de funcionamiento, esto es, el periodo comprendido entre los años 2005 a 2016, en Colombia se han emitido por parte de los órganos de la jurisdicción penal ordinaria 459.906 sentencias. De estas sentencias 418.988 (91.10%) han sido de carácter condenatorio y 40.908 (8.89%) fueron absolutorias. En cuanto a las sentencias condenatorias, se tiene que el 85% de éstas fueron producto de justicia premial o negociada, es decir, a partir de la aceptación de la responsabilidad penal de las personas *sub judice*, renunciando a un juicio en aras de obtener una disminución punitiva. Sin embargo, es preciso mencionar que, según el informe presentado por la Corporación Excelencia en la Justicia en febrero de 2020¹⁴, del total de las 1'450.515 denuncias presentadas ante la FGN por la posible comisión de conductas punibles durante el año 2019, aproximadamente el 77% terminó en archivo de las diligencias, es decir, no generó ninguna actividad de persecución penal por la

¹³ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA [República de Colombia], *Boletín estadístico Sistema penal oral acusatorio (SPOA)* 11 años, Bogotá D.C., 2016.

¹⁴ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, *Informe de estadísticas del Sistema penal oral acusatorio (SPOA)*, Bogotá D.C., 2020.

FGN. En cuanto al proferimiento de las sentencias, es decir, del ejercicio propio de la jurisdicción, dentro del proceso penal ordinario de la Ley 906/2004, en el año 2019 sólo en el 14% de los casos se expidieron este tipo de decisiones, mientras que en el procedimiento abreviado esta cifra fue sólo del 2%.

El panorama se presenta más desolador si se tiene en cuenta lo afirmado en el año 2017 por el entonces Fiscal General de la Nación en el discurso pronunciado durante la celebración de los 25 años de la FGN, quien denunció el más que probable colapso del sistema de procesamiento de la Ley 906/2004. En efecto, en aquella oportunidad se dijo que “[...] *Hay un número de audiencias represadas en la actualidad 112.461 audiencias en todo el país, mayo de 2017. En marzo anterior el número era de 102.120 audiencias. Es decir, el rezago está creciendo a una tasa cercana al 10% bimensual. [...] Por si fuera poco, hemos establecido que tenemos 9.864 decisiones de jueces pendientes, a pesar de que media aceptación de cargos y preacuerdos. Eso se traduce en que, a la fecha, hay 15.598 personas que, a pesar de haber aceptado cargos o haber preacordado, no se les ha resuelto su situación jurídica. [...] Es imperativo, impostergable, que busquemos soluciones inmediatas para recuperar la eficacia del sistema. De no hacerlo, colapsara definitivamente [...]*”¹⁵.

En conclusión, pese a las innumerables reformas legislativas y a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el estado de cosas de la justicia penal ordinaria no cumple con las expectativas de administrar una pronta y cumplida a las demandas ciudadanas, sobre todo si se tienen en cuenta las constantes y repetidas promesas que se le presentan al público ofreciéndole una panacea a través de discursos populistas. Lo que el legislador y los agentes políticos ofrecen en los discursos punitivistas es casi imposible de llevar a la práctica. Y ello fundamentalmente porque no tienen en cuenta principios básicos de la política criminal como es el de analizar previamente las posibilidades de implementación de la ley penal, este caso de las leyes procesales penales, que son las que regulan el aspecto operativo de las instituciones y personas que hacen parte del sistema penal¹⁶.

¹⁵ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto, Palabras del Fiscal General de la Nación en el acto de celebración de los 25 años de la Fiscalía General de la Nación, Bogotá D.C., 2017.

¹⁶ Dentro de las posibles causas que han detonado la inoperancia de la Ley 906/2004, la Corte Suprema de Justicia planteaba en un informe sobre el estado de la justicia en Colombia las siguientes: “A 10 años de la implementación del Sistema Penal acusatorio es ineludible dar cuenta

Y esta situación tiene una importancia superlativa en Colombia, porque el país se ha visto afectado por un espiral de violencias de todo tipo que han afectado a su población durante los últimos setenta años. Gran parte de estas conductas delictivas se considera que han sido cometidas en el curso del CANI por diversos actores.

V. CIFRAS DEL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL (CANI) EN COLOMBIA

Aunque es una tarea harto compleja delimitar y cuantificar las conductas delictivas cometidas en Colombia en el contexto del CANI, el Centro Nacional de Memoria Histórica publicó en el año 2013 el informe titulado “¡Basta ya!”¹⁷ en el que se presenta un consolidado numérico de las conductas más graves cometidas por los distintos actores armados en el conflicto colombiano. Según el mencionado informe entre los años 1958 y 2012 se presentaron 218.094 homicidios, en los cuales se puede diferenciar a las víctimas así: 19% corresponde a combatientes mientras que el 81% de las personas muertas pertenecían a la población civil. En cuanto a los secuestros, se calcula que entre el año 1970 y 2012, las personas víctimas de este delito fueron 27.023. En lo que respecta a

de los principales problemas de la puesta en práctica del sistema, así como los factores causales que dan lugar a dichos problemas. Es importante, además considerar los efectos a que dan lugar la problemática penal acusatoria y las tendencias que se vienen consolidando desde dinámicas e inercias asociadas a este campo de justicia [...] Posibles causas: 1. Supresión y limitación de beneficios en justicia premial. 2. Falta de dirección y capacitación de los jueces e intervinientes. 3. Variación frecuente de la jurisprudencia. 4. No hay una política criminal estable y coherente con la realidad social, todo es coyuntural. 5. Falta de presupuesto de organismos judiciales. 6. Falta de salas de audiencias con equipos adecuados conllevan al aplazamiento de las mismas, y el no traslado de detenidos. 7. Incidente de reparación debe salir del área penal. El incidente suele tardar más que el proceso. 8. Represamiento de procesos en etapa de investigación en la fiscalía. 9. Inestabilidad legislativa y carencia de política criminal coherente [...] Efectos y tendencias: 1. Colapso del sistema por aumento de la congestión. 2. Deslegitimación del sistema judicial y fomento de justicia informal por falta de eficacia y eficiencia. 3. Necesidad de implementar mecanismos efectivos de justicia criminal. 4. Necesidad de medidas necesarias para la descongestión. 5. Necesidad de implementación de sistemas de unificación de sentencias. 6. Necesidad de desmonte de limitantes y prohibiciones de la justicia premial”. Vid., CORTE SUPREMA DE JUSTICIA [República de Colombia], Diagnóstico de la situación de la justicia ordinaria, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, Universidad del Sinú, 2016, págs. 127 a 129.

¹⁷ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA [Colombia], *¡Basta ya! Colombia: Memoria de guerra y dignidad*, Bogotá, 2ª ed., Bogotá D.C., 2013.

la desaparición forzada, aproximadamente 25.077 personas fueron victimizadas. En cuanto al reclutamiento ilícito por los grupos armados, se estima que entre los años 1988 y 2012 el número de personas reclutadas a la fuerza ascendió a 5.156, siendo este un delito en el cual las víctimas fueron preferentemente menores de 18 años. Sobre el desplazamiento forzado, el informe da cuenta de la abrumadora cifra de 5.712.506 personas víctimas de este atentado contra la libertad individual, siendo, sin lugar a duda, el delito que más víctimas directas reporta. El informe ¡Basta ya! también da cuenta de los asesinatos selectivos, las acciones bélicas, los atentados terroristas, las masacres, la violencia sexual y el uso de minas antipersonas en contexto del CANI que ha azotado a Colombia.

Todas estas cifras deben ser complementadas con las de las conductas cometidas en ese periodo por la criminalidad ordinaria; a partir de ellas conviene realizar un análisis sobre las cifras de operatividad del sistema penal –teniendo en cuenta las diferentes formas de procesamiento penal y los altos índices de impunidad–. Una conclusión preliminar apunta a que el mismo ordenamiento jurídico puede haber sido una de las principales causas que estimulan la criminalidad más allá de otros problemas estructurales que históricamente ha afrontado la sociedad colombiana. En todo caso, no cabe duda de que por lo menos en los últimos 40 años, la mayoría de los hechos victimizantes presentan una relación directa o por lo menos indirecta con el CANI en Colombia. En ese contexto entre los años 1982 a 2002 se adelantaron varios procesos de paz con las guerrillas de las FARC-EP, que terminaron frustrados por razones de muy diversa índole. No obstante, en el año 2012 el presidente de la época nuevamente buscó crear espacios para dialogar acerca de la paz con las FARC-EP. Estos acercamientos dieron como resultado del Acuerdo de Paz que suscribieron las partes en noviembre de 2016. Con todo, en dicho acuerdo no quedaron cobijados otros actores del conflicto armado colombiano como las AUC, o las guerrillas del Ejército de Liberación Nacional (ELN) entre otros. No puede perderse de vista que para el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en Colombia aún subsisten cinco conflictos armados no internacionales: los que el Estado libra contra el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL), el Clan del Golfo y las disidencias de las FARC, a lo que se suma la lucha armada entre las guerrillas del EPL y ELN en la región de Catatumbo, Norte de Santander, al nororiente del país.

Como consecuencia del acuerdo de paz firmado en el año 2016, se modificó la Constitución Política por medio del Acto Legislativo 01 de 2017 que estableció

el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantía de No Repetición (SIVJRGNR) cuyo componente judicial está incardinado en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

VI. JUSTICIA TRANSICIONAL FRUTO DE UN ACUERDO DE PAZ: LA JEP

El sistema de justicia transicional creado a través del Acto Legislativo 01/2017 tiene como destinatarios no sólo a los miembros desmovilizados de las antiguas FARC-EP sino también a los miembros de la fuerza pública, a los agentes estatales que no hayan sido miembros de la fuerza pública, así como a los terceros civiles que hayan actuado como promotores o financiadores de grupos armados al margen de la ley con incidencia directa o indirecta en CANI colombiano. Las conductas objeto de juzgamiento, al tenor de lo dispuesto por el art. 5 del Acto Legislativo 01/2017 son aquellas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, ante la amplitud del universo de conductas y autores que pueden caber dentro del ámbito de esta justicia transicional, la JEP debe enfocarse en determinar los máximos responsables frente a los crímenes más graves y representativos. Además, para ese efecto tiene que utilizar de manera idónea criterios de selección y priorización. De otro modo resultaría imposible dar respuesta jurídica a una situación de conflicto que se ha prolongado por décadas generando millones de víctimas.

La JEP se compone de 3 Salas de Paz, las cuales tienen denominación propia y unas competencias específicas, según lo dispone la Ley 1820/2016. Allí se encuentran ubicadas la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad por los Hechos y Conductas (SRVR), la Sala de Amnistía e Indultos (SAI) y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Cada sala está compuesta por 6 magistrados, cuya designación y ejercicio de funciones está comprendido durante todo el tiempo que funcione la JEP. En un nivel superior se encuentra el Tribunal para la Paz, el cual se compone de 4 secciones: la Sección de Apelación (SA), la Sección de Revisión (SR), la Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad por los Hechos y Conductas (SeRVr) y la Sección de Ausencia

de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SARVR). Cada una de estas salas se cuenta con 5 magistrados. El órgano de cierre de la JEP es la Sección de Apelación, ente que está encargado de decidir en última instancia los recursos de apelación que se interponen contra las decisiones adoptadas por las demás salas y secciones.

El cometido de la JEP es bastante ambicioso. Como se mencionó en los acápitos precedentes, el Acto Legislativo 01/2017 en su art. 5 delimitó como objetivos de la JEP satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas. Es una misión bastante compleja, sobre todo si se tienen en cuenta las circunstancias fácticas que acompañan el desempeño de ese tribunal transicional, así como el amplio y no pocas veces confuso marco normativo con el cual debe operar. Es que no puede perderse de vista que más allá de poseer unas reglas de procedimiento propias, como son las que aparecen en la Ley 1922/2018 y de tener un marco estatutario particularizado según lo prescrito en la Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP, Ley 1957/2019, todo el cuerpo normativo descrito en los párrafos iniciales es susceptible de ser aplicado por la JEP. Por disposición expresa del artículo 72 de la Ley 1922/2018, en los aspectos procesales no regulados en esa ley, se aplicarán las leyes 1592/2012, 1564/2012, 600/2000 y la Ley 906/2004, siempre y cuando tales remisiones se ajusten a los principios rectores de la justicia transicional. Y a ello hay que agregar que en todo caso debe tenerse en cuenta el principio de favorabilidad en sentido amplio, según lo dispone el Acto Legislativo 01/2017¹⁸; y todo sin perder de vista que el principio de favorabilidad no debe entenderse sólo desde la perspectiva de la defensa de la persona objeto de procesamiento por el juez transicional sino teniendo en cuenta los intereses y expectativas de las víctimas, las cuales son el eje sobre el cual gravita todo el SIVJRGNR¹⁹. Puede decirse entonces que el reto de la JEP consiste en armonizar un ordenamiento jurídico procesal penal que ha sido bastante caótico a lo largo de muchos años en Colombia. Ese proceso de armonización evidentemente también toca a las normas penales sustantivas

¹⁸ Cfr. Acto Legislativo 01/2017, art. 5 inc. 7, art. 12 y art. 22 inc. 1.

¹⁹ Cfr. Ley 1922/2018, arts. 2 y ss., 27 y 35.

y sobre todo en lo atinente a las sanciones imponibles. De ello depende en buena medida que la transición hacia el postconflicto, como un presupuesto hacia la paz, obtenga legitimidad en la población colombiana y en la comunidad internacional²⁰.

VII. CONCLUSIONES

La legislación penal sustantiva proferida en Colombia durante los últimos 40 años ha buscado no sólo enfrentar estructuras criminales organizadas como las del narcotráfico, trata de personas y criminalidad financiera, entre otras, sino además dotar al Estado de herramientas para enfrentar las acciones de los grupos subversivos de izquierda, grupo paramilitares de derecha, y la delincuencia común. Ese “cóctel normativo” ha generado un caos en la estructuración y funcionamiento del sistema penal, lo cual se evidencia de manera aún más drástica en los modelos de procesamiento penal pergeñados en los últimos treinta años.

Si se entiende que el proceso penal es un instrumento diseñado para posibilitar la aplicación del derecho penal material o sustantivo a un caso concreto de la vida real de una manera civilizada, no puede perderse de vista entonces que la estructura del proceso penal debe ser idónea para efectivizar la aplicación de las normas sustantivas.

El caos normativo imperante en la legislación penal sustantiva se ha manifestado en la creación de una multiplicidad de formas de procesamiento penal que se encuentran vigentes en Colombia y que generan una serie de antinomias y fracturas no sólo en la configuración y funcionamiento del sistema penal, sino también en los referentes constitucionales de validez.

²⁰ En el mismo sentido, OROZCO ABAD, Iván, «Sobre algunos desafíos conceptuales y de legitimidad de la JEP», en: AAVV, *La JEP vista por sus jueces*, Bogotá D.C., 2020, pág. 613: “Entre los desafíos conceptuales que debe afrontar la JEP, cabe destacar, para empezar, la heterogeneidad de propósitos asociada a una concepción de la sanción penal, a la vez retributiva y restaurativa, y que muy seguramente se ha articulado a la coexistencia de culturas judiciales diversas que deberán habitar unas al lado de las otras, transando sus estilos, haciendo acuerdos y limando asperezas en la búsqueda de resultados armoniosos”.

Pese a las innumerables reformas legislativas y a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el estado de cosas de la justicia penal ordinaria no cumple con las expectativas de administrar una pronta y cumplida a las demandas ciudadanas. Lo que el legislador y los agentes políticos ofrecen en los discursos populistas es casi imposible de llevar a la práctica. La gran dificultad estriba en que no se tienen en cuenta principios básicos de la política criminal como es el de analizar previamente las posibilidades de implementación de la ley penal, este caso de las leyes procesales penales, que son las que regulan el aspecto operativo de las instituciones y personas que hacen parte del sistema penal.

En el ámbito de la justicia transicional que administra la JEP, claramente se evidencia que este órgano jurisdiccional especial tiene una misión bastante compleja, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que acompañan el desempeño de ese tribunal transicional, tales como el inmenso número de conductas y autores que debe juzgar; en ese sentido, la sociedad debe entender que la JEP no puede otorgar respuesta jurídica a todas las conductas cometidas en el CANI colombiano. Su operatividad debe estar enfocada a la determinación de los máximos responsables frente a los delitos más graves y representativos; esto implica que los criterios y mecanismos de selección y priorización deben estar bien afinados para evitar generar falsas expectativas, sobre todo entre el gran número de víctimas que esperan una respuesta dentro de la transición. Finalmente, cabe señalar que el amplio y a veces confuso marco normativo con el cual debe operar la JEP puede resultar problemático para el logro de los cometidos fijados constitucionalmente. El reto de la JEP consiste en armonizar un ordenamiento jurídico procesal penal que ha sido bastante caótico a lo largo de muchos años en Colombia para brindarle a la sociedad colombiana la posibilidad de construir un futuro nuevo más allá de la habitual conflictividad y violencia.

Bibliografía

- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA [Colombia], *¡Basta ya! Colombia: Memoria de guerra y dignidad*, Bogotá, 2ª ed., Bogotá D.C., 2013.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA [República de Colombia], *Boletín estadístico Sistema penal oral acusatorio (SPOA)* 11 años, Bogotá D.C., 2016.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, *Informe de estadísticas del Sistema penal oral acusatorio (SPOA)*, Bogotá D.C., 2020.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA [República de Colombia], *Diagnóstico de la situación de la justicia ordinaria*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, Universidad del Sinú, 2016.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Report on preliminary examination activities*, 2019, págs. 24-36.
- MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto, *Palabras del Fiscal General de la Nación en el acto de celebración de los 25 años de la Fiscalía General de la Nación*, Bogotá D.C., 2017.
- MOLINA LÓPEZ, Ricardo, «El [des]ordenamiento jurídico penal colombiano», en: VELÁSQUEZ, Fernando, et al. (Coords), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*, T. 2, Bogotá / Medellín, Grupo editorial Ibáñez / Uniandes / Universidad Pontificia Bolivariana / Eafit, 2013, págs. 1353- 1364.
- OROZCO ABAD, Iván, «Sobre algunos desafíos conceptuales y de legitimidad de la JEP», en: AAVV, *La JEP vista por sus jueces*, Bogotá D.C., 2020, págs. 611-635.
- RENDÓN G., Gustavo, *Curso de procedimiento penal colombiano (parte primera)*, Medellín, Ediciones del Departamento de Extensión Cultural de la Universidad de Antioquia, 1948.
- SWINARSKI, Christophe, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, «*El proceso penal de tendencia acusatoria: entre la inoperancia y el reformismo*», En: *Revista de Ciencias Sociales*, No. 74 (2019), Universidad de Valparaíso, Chile, págs. 39-82.

LENGUAJE JURÍDICO: EL DERECHO A COMPRENDER POR LEGOS Y LEGULEYOS

Lidón Montón García

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad Rey Juan Carlos. Madrid)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXCUSA DE SU CUMPLIMIENTO. III. EL DERECHO A COMPRENDER DE LOS CIUDADANOS. IV. LOS PROFESIONALES DEL DERECHO. V. LAS INSTITUCIONES. VI. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dicen mis colegas de ciencias que los profesores de Derecho hablamos “raro”. Lo mismo podríamos decir desde este otro lado respecto a los médicos (y su letra) o los ingenieros informáticos o de telecomunicaciones, por ejemplo.

Aunque pueda parecer sorprendente, siquiera entre docentes que se presuponen personas con una formación académica superior, por mucho que nos esforcemos en utilizar un lenguaje claro, en realidad, las personas que no están habituadas al uso de una cierta terminología jurídica, tampoco excesivamente técnica, no nos entienden. Y qué decir de la comprensión de nuestros estudiantes de Derecho y de las dobles titulaciones con Derecho, sobre todo, desde que se extinguió la licenciatura para adaptarla al Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), implantándose el Plan Bolonia en el ánimo de implantar la “dudosa” convergencia europea en materia de educación, donde desde el primer curso del grado en Derecho han de enfrentarse a un vocabulario que no han escuchado nunca, o casi nunca. El mejor reflejo de estos síntomas, con los que desde luego manifestamos nuestro acuerdo, son las palabras del profesor CAZORLA PRIETO¹, cuando dice que *“Nos creemos que el carácter especial o científico de la*

¹ CAZORLA PRIETO, L.M.: “El lenguaje jurídico actual”, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª edición. Madrid, 2013; JIMÉNEZ YÁÑEZ, R.M.: “Escribir bien es de Justicia”, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª edición. Madrid, 2016.

materia sobre la que se desarrolla nuestra profesión impone inevitablemente un lenguaje enrevesado y apelmazado que dificulta al extremo su entendimiento para aquellos que no pertenezcan a la casta de los juristas, y bastante a menudo –hay que decirlo– incluso para los integrantes de esta casta”. Como añadidura a esta falta de conocimientos previos de los alumnos, habría que señalar que acortar la duración de los grados y un elevado número de estudiantes por grupo ha provocado, además, que las pruebas de competencias se hayan convertido, mayoritariamente, en superar unos *test* dejando un tiempo escaso para enseñar a los futuros juristas a expresarse por escrito con los clásicos exámenes de desarrollo y a realizar exposiciones en público para habituarse a expresarse en público. No podemos olvidar que, como indica JIMÉNEZ YÁÑEZ, el jurista –el buen jurista– debe tener un perfecto dominio de las técnicas de expresión oral y redacción escrita y, además, debe saber “*describir y narrar hechos*”, debe ser un contador de historias. En definitiva y porque el principio de oralidad adquiere cada día un mayor auge en cualquier sector, el trabajo de un jurista debe consistir en saber argumentar para convencer a “su audiencia”, bien se trate de un grupo de estudiantes, o de una negociación, un arbitraje, una mediación o ante un tribunal o cualquier administración pública.

Recordemos que el origen de nuestro sistema jurídico es el romano-canónico. Esta es la razón por la que se han mantenido en el tiempo algunos *brocardos* latinos, vulgarmente conocidos como “*latinajos*”², aunque actualmente son utilizados casi exclusivamente por la doctrina, y se van incorporando otros términos³ que derivan de una globalización cada día más expandida. Vocablos antiguos y nuevos que conviven, imprimiendo dinamicidad al lenguaje jurídico⁴ sin solución de continuidad.

Así, ante los múltiples y variados problemas de comprensión jurídica detectados, en el año 2011 se redactó un Informe sobre la Modernización del

² Ejemplos típicos son: *iura novit curia*, *pacta sunt servanda*, *nullum crimen nulla poena sine lege*, *de lege ferenda*, *de motu proprio*, *ficta confessio*, *in dubio pro reo*, *non bis in idem*, *reformatio in peius*...

³ Por ejemplo: *plazo release*.

⁴ Según ALCARAZ VARÓ, E. y HUGHES B. en “El español jurídico”. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, 2002, dentro del español jurídico existen varios tipos de lenguaje con algunas particularidades que permiten diferenciarlos: legislativo, jurisdiccional, administrativo y notarial.

Lenguaje Jurídico con la intención de acercarlo a cualquier persona lega en derecho⁵.

En la lección inaugural del Curso Académico 2019-2020, pronunciada por el profesor de Comunicación Audiovisual y Publicidad de la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Rey Juan Carlos, D. Manuel MARTÍNEZ NICOLÁS, con un transgresor título “¿Sirven para algo las ciencias sociales? Desafíos a la investigación social y responsabilidad de la comunidad científica”, insistía en la necesidad de que “los científicos sociales tenemos que demostrar que solucionamos problemas, incluyendo a la sociedad en la elaboración de los trabajos, acercándonos más a la gente”.

Es decir, la investigación científica y social tiene que conllevar un acercamiento a los actores sociales, lo que nos debe conducir a utilizar un lenguaje más llano y sencillo, sin caer en la vulgaridad, para que las investigaciones y publicaciones científicas se transfieran a la sociedad como reflejo de la utilidad real de nuestro trabajo.

En los tiempos del Big Data en que nos encontramos, toda sociedad moderna que se precie debe procurar que el lenguaje jurídico tenga la calidad, rigor y claridad suficientes como para que sea comprensible por la mayoría de sus ciudadanos, sin necesidad de un intermediario “bisagra” que tenga que traducir su contenido.

De hecho, cuando se solicita la traducción oficial de un documento redactado en un idioma que no es reconocido en el país donde debe causar efecto, debe acudir a un traductor profesional⁶; pero si el documento en cuestión fuese

⁵ Sobre el origen histórico del lenguaje jurídico y su evolución es interesante el trabajo de DE PRADA GARCÍA, A.: “¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos? A propósito del lenguaje jurídico”, en Economía. Revista en Cultura de la Legalidad, nº 7, septiembre 2014-febrero 2015, págs. 76 a 84.

⁶ Se utilizan diferentes nombres para referirnos a estos traductores de documentos oficiales, que también pueden hacer de intérpretes en procedimientos judiciales o a requerimiento de las administraciones cuando sea preciso. Así, en España se denomina traductor-intérprete jurado desde que el Real Decreto 2002/2009, de 23 de diciembre, modificó la regulación de la profesión vinculada a la traducción y la interpretación juradas en nuestro país; en Argentina, traductor público; en Francia, *assermenté*; en Estados Unidos, *sworn translator*, aunque *depende de la legislación de cada Estado, pero, en cualquier caso, la traducción debe estar acompañada de un*

judicial, podríamos plantearnos si la traducción debe ser exacta o si el traductor oficial debería adaptar el sentido del documento a las normas del territorio donde pretende utilizarse dicho documento.

“affidavit”, es decir, una certificación bajo juramento de que la traducción es fiel al original y que debe estar fechada y firmada por el traductor, lo que normalmente ralentiza el proceso; en el caso de Reino Unido, no existe el reconocimiento de traductor jurado, sino que los traductores profesionales normalmente forman parte del Institute of Linguists o del Institute of Translating and Interpreting, organismos que se encargan de velar por esta profesión, de manera que para que sean oficiales el traductor debe presentarse ante un notario o un Commissioner for Oaths (persona autorizada para verificar documentos legales) y explicitar que es una traducción fiel y exacta del original. El traductor no tiene que demostrar sus conocimientos y, a veces, no tiene la formación suficiente para traducir este tipo de documentos que requieren un lenguaje jurídico especializado. Sin embargo, en Reino Unido existe la figura del scrivener, notario público con conocimiento de un idioma extranjero, pero no tiene la acreditación de traductor y aún menos de traductor jurado; en Australia los traductores deben estar reconocidos por el NAATI (The National Accreditation Authority for Translators and Interpreters). Sin embargo, es más común que se solicite una traducción certificada, que será válida siempre y cuando vaya acompañada del referido anteriormente “affidavit”; en “La traducción jurada en España y en otros países”, <https://cblingua.com/la-traduccion-jurada-en-espana-y-en-otros-paises/> (fecha de consulta, 20 de noviembre de 2019).

En el caso de España, tal como consta en la página del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/Paginas/Traductoresas---Int%C3%A9rpretes-Juradosas.aspx> (fecha de consulta 21 de noviembre de 2019), *“las traducciones e interpretaciones de una lengua extranjera al castellano y viceversa tendrán carácter oficial si han sido realizadas por quien se encuentre en posesión del título de Traductor-Intérprete Jurado que otorga el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, según establece la disposición adicional décima sexta de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, modificada por la disposición final cuarta de la Ley 29/2015, de 30 de julio. Con el fin de facilitar información al ciudadano, la Oficina de Interpretación de Lenguas, máximo órgano de la Administración del Estado en materia de traducción e interpretación de lenguas, elabora y publica periódicamente un Listado de todos los Traductores-Intérpretes Jurados que han sido nombrados por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, con indicación del idioma o idiomas para cuya traducción e interpretación han sido habilitados”*. El listado, actualizado a 4 de noviembre de 2019, se encuentra disponible en el enlace <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/Documents/Listado%20actualizado.pdf>

También puede consultarse RODRIGUEZ, B.: “La complejidad en la terminología jurídica. Su incidencia en la tarea del traductor”, en “Lengua y Cultura. Centro Virtual Cervantes, volumen II de las actas de los VII Encuentros Complutenses en torno a la traducción, Madrid, 1999, págs. 473 a 479.

Son muy relevantes las palabras de SALOMÓN⁷ cuando dice que *“La interpretación de la ley es uno de los temas históricamente clave de nuestra tradición jurídica, y es en el ámbito de la interpretación donde adquieren mayor relevancia los problemas terminológicos. La interpretación y la terminología son dos caras de la misma moneda que guardan una relación inversamente proporcional, en el sentido de que cuanto más precisa es la terminología, menor es la posibilidad de interpretación, mientras que a menor precisión de la terminología mayor será el espacio que le reste a la interpretación. Es especialmente importante este aspecto porque la ambigüedad en el ámbito del derecho, como decíamos, es a veces calculada y buscada, dado que la ley a menudo es fruto de un complejo consenso político. La interpretación, pues, sirve al jurista para adaptar la ley a las nuevas necesidades de la sociedad, de manera que podríamos decir que la terminología es a la palabra como la interpretación es a la norma”*. Se trata de “cerrar el círculo” para que no haya lugar a interpretaciones sesgadas de lo que realmente quiere decir el juez cuando dicta resoluciones, el legislador cuando redacta normas o la administración cuando se dirige al ciudadano.

II. LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXCUSA DE SU CUMPLIMIENTO

El apartado primero del artículo 6 de nuestro Código Civil (RD de 24 de julio de 1889) indica que *“La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”* y, desde el punto de vista delictual, el artículo 1 del Código Penal (LO 19/1995, de 23 de noviembre) establece que: *“1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad. 2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”*.

⁷ SALOMÓN, L.: “Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva románica”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (AFDUDC), nº 11, 2007, págs. 885 y siguientes.

Pero una cosa es ignorar la existencia de una ley o directamente vulnerarla y otra, muy distinta, entender el contenido de la misma; aunque ni su desconocimiento ni su incomprensión sean excusa para su correcto cumplimiento que, lógicamente, deberá ser controlado y, en su caso, sancionado por nuestras leyes en caso de incumplimiento o de transgresión de la norma.

III. EL DERECHO A COMPRENDER DE LOS CIUDADANOS

De la misma manera que un médico, un ingeniero de telecomunicaciones, un físico o un biólogo deben explicarse de tal forma que las personas legas en esa materia podamos comprenderles, así debe suceder también en el mundo del Derecho. Por ello, el Informe para la Modernización del lenguaje jurídico dice textualmente que “todo buen profesional del Derecho es y debe ser capaz de explicar con sencillez y claridad el significado de un determinado acto o resolución”.

El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, firmado el 28 de mayo de 2001⁸, priorizaba la elaboración de una Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia⁹ que, en su primera parte referida a “Una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos”, establece que la Justicia debe ser transparente, comprensible, atenta y responsable con el ciudadano, además de ágil y tecnológicamente avanzada.

En concreto, la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia incluye, en cuatro apartados, los derechos que pueden exigir los ciudadanos respecto al cumplimiento de la expresión “una Justicia comprensible”:

⁸ Este Pacto de Estado sobre la Justicia se rompió formalmente en febrero de 2009. La Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, Victoria ORTEGA, en su discurso de toma de posesión, reclamaba un nuevo Pacto de Estado de la Justicia que dejando de lado la influencia política, se centre en la situación real de los tribunales y en el ímprobo trabajo de los profesionales del Derecho para que tengamos una Justicia del siglo XXI y no parezca una trasnochada Justicia de hace dos siglos.

⁹ El 16 de abril de 2002, el Pleno del Congreso de los Diputados aprueba, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios como Proposición no de Ley, la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia.

“5. El ciudadano tiene derecho a que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios.

6. El ciudadano tiene derecho a que en las vistas y comparecencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho. Los Jueces y Magistrados que dirijan los actos procesales velarán por la salvaguardia de este derecho.

7. El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Se deberá facilitar especialmente el ejercicio de estos derechos en aquellos procedimientos en los que no sea obligatoria la intervención de Abogado y Procurador.

8. El ciudadano tiene derecho a disponer gratuitamente de los formularios necesarios para el ejercicio de sus derechos ante los tribunales cuando no sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador”.

El 21 de octubre de 2005 el Consejo de Ministros aprueba el “Plan de Transparencia Judicial” con el reto de “obtener una justicia comprensible tanto en las vistas o comparecencias como en las comunicaciones escritas y en las propias resoluciones judiciales”¹⁰.

El Plan estratégico para la modernización de la Justicia 2009-2012 incluía el lenguaje del Derecho entre sus políticas públicas. Es en el año 2009 cuando se prevé la creación de una Comisión para la modernización del lenguaje jurídico, para lo que pusieron en marcha varios grupos de trabajo que desembocaron en la redacción de unas recomendaciones acordes con los derechos de los ciudadanos que contenía la Carta prevista en 2001; lamentablemente, a día de hoy, sigue sin ver la luz la creación de la mencionada comisión.

¹⁰ Este Plan de Transparencia Judicial es el precedente del Informe de la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico; MAESTRE MARÍN, J.: “El derecho a comprender el lenguaje jurídico”, 26/03/2015 <http://www.eltraductorinvisible.es/2015/03/El-derecho-a-comprender-el-lenguaje-juridico>; MONTOLÍO DURÁN, E.: “La modernización del discurso jurídico español impulsada por el Ministerio de Justicia. Presentación y principales aportaciones del Informe sobre el lenguaje escrito”, en Revista de Lengua y Dret, nº 57. Barcelona, 2012, págs. 95 y siguientes.

Fruto de la labor desarrollada por estos equipos de trabajo, el 21 de diciembre de 2011, se firma el “Convenio Marco de colaboración para promover la claridad del lenguaje jurídico entre la Real Academia Española, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de Procuradores de España y la Conferencia de Decanos y Decanas de las Facultades de Derecho de España”, con el reto de velar por la utilización correcta del lenguaje jurídico de acuerdo con las recomendaciones plasmadas en el Informe de la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico¹¹.

El párrafo segundo del Informe de la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico dice textualmente que “Las diversas encuestas sobre el estado de la Justicia que, desde el inicio de la democracia, se han realizado en España ponen de manifiesto que la ciudadanía confía en el rigor y calidad de los profesionales del derecho pero que, al mismo tiempo, no les comprende o, en el mejor de los casos, les comprende con dificultad”. Es decir, los ciudadanos confiamos en el buen hacer de los profesionales del derecho, pero no entendemos lo que nos dicen a través de las distintas normas o de sus resoluciones¹².

Se detectan dos problemas en las dificultades de comprensión aludidas: por un lado, el lenguaje utilizado es excesivamente técnico, a veces, encriptado; y, por otro, la falta de conocimientos suficientes por parte de los ciudadanos tanto de los actos procesales a los que se les llama a participar, como del contenido de la documentación procedente de los tribunales.

¹¹ Informe encargado por el Consejo de Ministros a la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico en febrero de 2010 y cuya presentación se llevó a cabo en septiembre de 2011.

¹² Encuestas realizadas por el CGPJ reflejan que el lenguaje legal es complicado de entender para un 82% de la población; un 44% del alumnado de las Facultades de Derecho y de las escuelas de práctica jurídica considera que el lenguaje oral utilizado por los profesionales del Derecho es inadecuado, elevándolo a un 56% en el caso del lenguaje escrito.

Como bien dice GONZÁLEZ SALGADO¹³, el problema en comprender presenta dos frentes que hay que atacar; en primer término, “el problema está relacionado con la ausencia de contenidos jurídicos en la educación básica y media de los ciudadanos, lo que les imposibilita el acceso a los textos a los que se tendrán que enfrentar en el futuro. En una sociedad moderna no debería permitirse que una parte significativa de los ciudadanos desconozcan el significado de términos jurídicos que son habituales (...) para paliar esas deficiencias sólo cabe el camino de la formación. Hasta que no se introduzcan en el sistema educativo asignaturas que formen al ciudadano de manera completa en un aspecto que le va a acompañar durante toda su vida, como lo es el Derecho, por mucho que se apliquen los abogados y los jueces en construir textos entendibles, pocos resultados se van a cosechar”.

El segundo frente abierto de esa “incomprensión” jurídica, “tiene también su raíz en la falta de atención a los aspectos lingüísticos en los planes de estudio de la carrera de Derecho. En la mayoría de las universidades españolas no sólo no se ofertan asignaturas para mejorar la redacción, sino que, además, es en la Universidad donde los futuros jueces y abogados adquieren los vicios estilísticos propios del lenguaje jurídico. La Universidad debe ofrecer una formación al abogado que incluya cursos de redacción, de oratoria y de argumentación. Un profesional que va a tener que enfrentarse a multitud de textos y de situaciones

¹³ GONZÁLEZ SALGADO, J.A.: en “El lenguaje jurídico del siglo XXI” https://www.lingua.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-lingua/curso/superior-xuridico/El_lenguaje_juridico_del_siglo_XXI_J._A._GONZÁLEZ_Salgado.pdf (fecha de consulta 25 de noviembre de 2019). Es interesante también el contenido de la referencia número 15 del texto indica que “La Comisión Europea hace unos años que ha iniciado una campaña, bajo el significativo título de *Fight the Fog*, para concienciar a los escritores y traductores de las instituciones europeas en el empleo de un lenguaje claro. Las recomendaciones que contiene el documento principal (How to Write Clearly) son, en algunos aspectos, idénticas a las que podemos encontrar en cualquier manual español sobre el estilo jurídico, prueba evidente de que la complejidad de la redacción jurídica es un problema que afecta por igual a todas las lenguas. Dentro de las instituciones europeas, el Tribunal de Justicia también se está preocupando de aspectos relacionados con la redacción de los documentos. Así, en las Instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y a los recursos de casación, publicadas en el DOUE L 98, de 16 de abril de 2003, se anota que «el escrito procesal debe estar estructurado, ser conciso y evitar las reiteraciones», al tiempo que «se recomienda utilizar frases con una estructura simple y usar un vocabulario simple y preciso». No tiene desperdicio la lectura del artículo “Lenguaje jurídico disparatado en un auto”, en “Lenguaje administrativo” <https://lenguajeadministrativo.com/tag/lenguaje-juridico/> (fecha de consulta 25 de noviembre de 2019).

en las que la calidad verbal (oral y escrita) va a resultar fundamental para su trabajo no puede consentir que no se le entienda, o que se le entienda mal. La palabra es la herramienta básica del jurista”.

Cuanto mejor se expliquen los profesionales del Derecho, será más comprensible para los ciudadanos, lo que afianzará la llamada “legitimación social¹⁴” de la Administración de Justicia que repercutirá en beneficio de todos.

Este Informe contiene recomendaciones dirigidas tanto a los profesionales del Derecho como a las instituciones que analizamos seguidamente.

IV. LOS PROFESIONALES DEL DERECHO

“Los profesionales del Derecho no debemos olvidar que todos los ciudadanos, y especialmente ciertos colectivos sensibles a los cambios normativos, como son los consumidores, emprendedores, empresarios, trabajadores, desempleados, jubilados, y particulares en general, gozan de un derecho elemental: el poder comprender la ley por sí mismos. Esto nos hace responsables solidarios en la tarea de poner el Derecho a su alcance haciendo entendible y comprensible el lenguaje jurídico¹⁵”.

Realmente, en ocasiones, por mucho nivel de lectura comprensiva que tenga el leyente, el contenido del texto se aproxima más a un jeroglífico egipcio que a un documento comprensible para el común de los mortales. Cuando se hace referencia a la lectura comprensiva¹⁶, o lectura profunda, se habla de un mecanismo dirigido a la interpretación y comprensión crítica del texto, es decir, el lector no es una entidad pasiva, sino activa en el proceso de lectura que debe decodificar el mensaje, analizando su contenido, realizando un examen crítico y

¹⁴ En “Estudio de campo: lenguaje jurídico en los medios. Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico”. Ministerio de Justicia. Gobierno de España.

¹⁵ En “*Un marco jurídico común para Europa y América Latina*”, www.eulat-lawinstitute.com/un-marco-juridico-comun-para-europa-y-america-latina/ (fecha de consulta 17 de junio de 2019).

¹⁶ Sobre los factores intervinientes en la comprensión lectora, puede hacerse una lectura de la especialista en problemas de aprendizaje, MELÉNDEZ JARA, C.M: en “*Comprender una lectura*”, <https://es.slideshare.net/careducperu/factores-intervinientes-en-la-comprension-lectora-210454> (fecha de consulta 18 de noviembre de 2019).

generando una opinión personal sobre el mismo. Con lo que el nivel de comprensión lectora dependerá de múltiples factores que pueden resumirse en tres: el lector, el texto y el contexto.

Respecto al lector, es determinante el nivel de competencias del lenguaje; esto es, la edad de quien lee, el nivel de estudios, el conocimiento previo del tema objeto de lectura, entre otros. En referencia al texto es importante el vocabulario utilizado, la gramática o el hilo argumental. Y, por último, el contexto también ejerce su influencia porque no es lo mismo leer cómodamente en un sofá que en un autobús atestado de pasajeros, o incluso, dependerá el entendimiento también de si tenemos o no un buen día, puesto que las emociones pueden hacernos comprender algo distinto a lo que realmente quería comunicar el autor.

En un mundo cada vez más globalizado, aunque algunos se empeñen en lo contrario, es fundamental la colaboración entre estados, aunando esfuerzos para diseñar un marco jurídico que favorezca el entendimiento en todo tipo de sectores –empresarial, cultural, social, económico o político– promoviendo una internacionalización y competitividad ágil y eficiente que desembocaran en beneficio de un aumento del nivel de vida de la población.

Por ello, promulgar leyes comprensibles para todos es básico, pues cuanto más sencillo sea un procedimiento, más fácil será que los empresarios, los gobiernos y, por ende, los ciudadanos, se atrevan a llevar a cabo acciones de emprendimiento y de innovación.

Y aquí, el dominio de la maestría del jurista es importante, pues desde los estrados donde se imparte docencia, a través de las distintas publicaciones tanto en medios de comunicación, como en blogs o en revistas de investigación, pasando por el asesoramiento a los ciudadanos en su calidad de consumidores y usuarios que, en mayor o menor medida, lo somos todos, cuando un miembro de cualquiera de los poderes del Estado –legislativo, ejecutivo o judicial– elabora un texto para su entrada en vigor, o cuando un juez o un magistrado interpreta la ley en su labor jurisdiccional... Todos los profesionales del Derecho, al fin y al cabo, estamos contribuyendo a un mundo jurídico más comprensible, asequible

y cercano para todos¹⁷. Recordemos que el lenguaje jurídico de los profesionales del Derecho se basa en las interpretaciones de los textos legislativos que, en ocasiones, también resultan complejos en su redacción o contienen expresiones gramaticales o sintácticas vagas o indefinidas. Es decir, son varios los agentes implicados, no sólo los juristas, en la mejora del lenguaje legal.

Con este objetivo el Estudio de campo sobre el Lenguaje de las normas realizado por la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico, establece unas pautas a seguir a la hora de redactar las normas, evitando que caigan en la indeterminación, vaguedad, ambigüedad de sus expresiones; además de hacer referencia al buen uso de los signos de puntuación, de los gerundios, de las preposiciones o de otras cuestiones diversas sobre la sintaxis que faciliten la comprensión de los textos legales y corrijan los errores de corrección o de norma lingüística, abandonando el tradicional estilo barroco y pomposo del lenguaje jurídico de épocas pasadas.

En la Primera Jornada Internacional del Lenguaje Claro, celebrada en Argentina en noviembre de 2017, se acordó la creación de una Red Nacional de Lenguaje Claro¹⁸ para todas las instituciones y se solicitó a España la reactivación de la "Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico para que ponga en marcha políticas públicas en materia de claridad del lenguaje del Derecho y su comunicación comprensible¹⁹".

¹⁷ En Argentina han impulsado una serie de medidas para entender el lenguaje de la justicia a través del Programa "Justo Vos" o redactando un glosario "Wiki lus", una plataforma digital que explica las principales leyes y resoluciones judiciales "Ley Simple" o una página a disposición del ciudadano para orientarle en la resolución de situaciones cotidianas que tienen que ver con el derecho, "Justicia Cerca"; RELINQUE BARRANCA, M.: "El proceso de modernización del lenguaje jurídico en el Reino Unido, los Estados Unidos y España y su reflejo en el lenguaje utilizado por los jueces", FITISPos international journal: public service interpreting and translation, vol. 4, 2017, págs. 85 y ss.

¹⁸ Se puede consultar esta Red Nacional de Lenguaje Claro en el siguiente enlace: <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/jornadalenguajeclaro/>

¹⁹ CARRETERO, C: "Argentina crea una red de lenguaje claro" (online). Blog Lenguaje Jurídico 8/11/2017. <http://www.lenguajejuridico.com/argentina-crea-la-una-red-de-lenguaje-claro/> (fecha de consulta 17 de junio de 2019).

No hay que olvidar que el uso de un lenguaje claro y sencillo no debe suponer, en ningún caso, “vulgarizarlo ni infantilizarlo, sino, más bien al contrario, requiere de un gran esfuerzo mental de síntesis y de explicación sin perder precisión²⁰”.

Para terminar, queremos referirnos a un aspecto curioso que plantea la Comisión cuando en su Anexo propone un premio al buen uso del lenguaje jurídico²¹. Aunque en el Anexo se hace mención del cómo, quién y en base a qué criterios se va a considerar que una sentencia tenga “calidad literaria”, nos enfrentamos al problema, indiscutible, de que en los pláticos de la balanza de la función jurisdiccional pesa más el papel –aunque se tienda al “papel cero”, la lectura de expedientes interminables hay que seguir realizándola, por mucha inteligencia artificial que quieran ir implementando en estos tiempos del big data– y, por el contrario, escasea el tiempo del que disponen los tribunales para poder realizar una redacción pausada de sus resoluciones judiciales²². Si además de resolver conflictos de intereses públicos o privados, el personal jurisdiccional tiene que esmerarse en redactar de tal forma que sus resoluciones alcancen la excelencia lingüística, me temo que se lo estamos poniendo muy difícil para cumplir con los plazos procesales.

V. LAS INSTITUCIONES

El Informe recomienda a las instituciones implicadas que impulsen medidas que procuren acercar el lenguaje jurídico al ciudadano y poner los medios necesarios a disposición de los profesionales del derecho para conseguir una expresión lingüística excelente.

²⁰ CARRETERO, C: en *Crónica del XII Seminario Internacional de Lengua y Periodismo*; Seminario “Lenguaje claro, reto de la sociedad del siglo XXI” (online). Blog Lenguaje Jurídico. 09/05/2017. <http://www.lenguajejuridico.com/lenguaje-claro-reto-de-la-sociedad-del-siglo-xxi/> (fecha de consulta 17 de junio de 2019); ARANGUREN URRIZA, F.J.: *¿Debemos vulgarizar el lenguaje jurídico?*, en *notariAbierta*, 2016 <https://notariabierta.es/debemos-vulgarizar-el-lenguaje-juridico/> (fecha de consulta 16 de junio de 2019).

²¹ CHAVES, J.R.: “Del lenguaje judicial manifiestamente mejorable”, en <https://delaJusticia.com/2011/09/27/del-lenguaje-judicial-manifiestamente-mejorable> (fecha de consulta 16 de mayo de 2019).

²² El galardón, en convocatoria bianual y basada en los criterios de innovación, carácter ejemplar, impacto social y resultados obtenidos, consistirá en la concesión de la Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort y en una distinción de la Real Academia Española.

Recomendaciones que van dirigidas al Ministerio de Justicia, al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado, a los diferentes colegios profesionales implicados (abogacía, procuraduría y graduados sociales), a las distintas Comunidades Autónomas, a los ayuntamientos, a las instituciones penitenciarias, a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, autonómicos y locales y, por supuesto, a la administración educativa en general y a las universidades en particular.

Así, con el objetivo de redactar textos que mejoren la claridad del lenguaje jurídico y para complementar al *"Diccionario del español jurídico"*, publicado en abril de 2016 por la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial, ve la luz el *"Libro de estilo de la Justicia"*²³, bajo la dirección de MUÑOZ MACHADO.

En esta época de las TICS, tecnología de la información y de la comunicación, podrían ponerse en marcha programas o aplicaciones informáticas que pudieran traducir de forma automática textos jurídicos o bien optar por publicar las conocidas como "guías de lectura fácil" sobre las cuestiones básicas de acceso a la justicia y comprensión de las resoluciones judiciales para facilitar el derecho a comprender de los ciudadanos. De esta manera la Comisión para la Modernización del lenguaje jurídico recomienda al Ministerio de Justicia y a las Comunidades Autónomas con transferencia en esta materia la creación de los servicios comunes generales de la Oficina Judicial sobre atención al ciudadano y a los profesionales en su labor de acercamiento del lenguaje jurídico a los ciudadanos.

²³ Santiago MUÑOZ MACHADO dirige el Libro de estilo de la Justicia que fue presentado el 25 de enero de 2017 en la sede del Tribunal Supremo. "Una buena parte de la obra está dedicada a intentar corregir los malos usos y equivocaciones corrientes en la organización de los párrafos, la utilización del género, el número, los latinismos o el régimen de las concordancias, a la vez que se alerta sobre los errores de construcción o anacolutos. Aparecen, unas tras otras, las reglas generales, pero siempre considerando sus aplicaciones y particularidades en el lenguaje jurídico. Están tratados los problemas semánticos, de significado y sentido; recordadas las reglas de acentuación gráfica, las concernientes a la unión y separación de palabras, el uso de la puntuación y de las mayúsculas, y la ortografía de las expresiones numéricas, entre otras muchas cuestiones. Se cierra esta parte con un capítulo sobre ortotipografía. Además, el *Libro de estilo* incluye un amplio vocabulario, con información normativa sobre el uso correcto de las palabras", en <https://www.rae.es/obras-academicas/obras-linguisticas/libro-de-estilo-de-la-justicia> (fecha de consulta 25 de noviembre de 2019).

Debe potenciarse el aprendizaje del Derecho desde los colegios e institutos, como si de una evaluación continua se tratase para que, poco a poco, se vayan familiarizando con la terminología jurídica. Así, instaurando buenas prácticas, debe procurarse que, en los planes de estudio de los futuros graduados en Derecho, en las pruebas de acceso y los diferentes tipos de oposición y, por supuesto, en la Escuela Judicial, en el Centro de Estudios Jurídicos o en las escuelas de práctica jurídica, se incluyan asignaturas –obligatorias, troncales u optativas– de oratoria jurídica, formación lingüística y redacción de documentos judiciales; un buen jurista debe dominar a la perfección este tipo de habilidades. Como dice la máxima de COTTON DANA, “quien se atreve a enseñar nunca debe dejar de aprender” y, en el mundo del derecho es así, la formación legal debe ser continua; un buen jurista debe procurar una actualización permanente de sus conocimientos porque el Derecho es una materia viva que está en constante evolución²⁴.

VI. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El Título VI de la Constitución hace referencia al Poder Judicial y el apartado primero del artículo 117 de la Carta Magna principia con una expresión tan básica como genérica “La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial (...)”. Siendo esto así, es decir, si la justicia interesa a todos como integrantes de la sociedad, los ciudadanos que la conformamos hemos de entenderla para poder comprenderla y, en su caso, ejercer un buen control sobre su funcionamiento y su gestión, tal como sucede con el poder legislativo y con el poder ejecutivo. Se aboga desde un número cada vez más amplio de sectores por una Administración de Justicia accesible, transparente y responsable.

El Informe de la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico incluye lo que llama una “recomendación asociada” señalando el importante papel que juegan los medios de comunicación a la hora de informar a los ciudadanos de asuntos judiciales y cómo percibe la sociedad el estado de la Justicia.

²⁴ Lo que en países denominan “educación legal continua” (ELC) o “educación jurídica continua” y que se ha convertido en obligatoria para ejercer la abogacía y la procuraduría como por ejemplo en Canadá, Estados Unidos o Puerto Rico y que consiste en la realización de cursos, talleres o actividades de formación, presenciales o en línea.

El Estudio de Campo sobre el lenguaje jurídico en los medios de comunicación señala media docena de problemas que deben ir resolviéndose y que hacen referencia a la utilización de expresión confusas o incorrectas, a la inexactitud a la hora de referirse al tipo de procedimiento que se está desarrollando o a desconocer las funciones y órganos de la Administración de Justicia, o bien a confundir la posición de un ciudadano respecto a un proceso en el sentido de saber distinguir a un demandado, ejecutado, recurrido, de un sospechoso, detenido, investigado, imputado, acusado, procesado o condenado en función de la fase procesal o tipo de proceso en el que nos encontremos. Lo mismo podríamos reiterar en cuanto a la ya tradicional confusión sobre la incoación de un proceso respecto a la demanda, denuncia o querrela.

Recordemos que somos inocentes hasta que se presuma lo contrario; es decir, partimos de una presunción de inocencia como derecho fundamental porque, de lo contrario estaremos manifestando una presunción de culpabilidad; es, por tanto, incorrecta la expresión "presunto autor del delito", pues el significado coloquial y jurídico es totalmente dispar como vemos; de ahí la pulcritud que debe exigírsele a los medios de comunicación en la transmisión de la información.

Si nos damos cuenta, cada día es más habitual que en los medios de comunicación de cualquier tipo –radio, televisión, prensa escrita o prensa digital, o prensa gratuita, entre otros– se incluya una sección dedicada a asuntos judiciales; también es reseñable del tipo de formato en el que se trata el tema judicial, porque no es lo mismo un formato tipo documental o equipo de investigación, o que la noticia se trate –sobre todo, qué tratamiento se dé de la misma– en un espacio de tipo entretenimiento que va a llegar a un número más elevado de espectadores. Es decir, la función jurisdiccional se extiende más allá de lo que supone la resolución de un conflicto jurídico de intereses, públicos o privados, a través de un proceso penal o civil, respectivamente y que afectaría a las partes implicadas y a quien ejerce la función jurisdiccional, sino que se está trasladando ese interés judicial a la sociedad, bien como manifestación de determinados comportamientos ilícitos, bien por el impacto que el hecho ilícito provoque en el bienestar general, por la fama o vulnerabilidad de alguna de las partes o, simplemente, por el morbo que algunos programas están convirtiendo en su *leitmotiv*. Independientemente del medio de transmisión, esos profesionales de la comunicación deben ser sumamente cuidadosos, ajustándose a unas normas estrictas para no confundir al público, al oyente o al lector, evitando una sensación de mal funcionamiento de la Administración de Justicia como uno de los pilares fundamentales de todo Estado de Derecho.

Podemos abrir el interrogante de si los profesionales de los medios de comunicación, es decir, los periodistas, pueden o deben “traducir” a un lenguaje comprensible para los ciudadanos la información que provenga del mundo judicial o de la administración en general. La jurisprudencia mayoritariamente reconoce la labor de los profesionales de los medios de comunicación como un intermediario “natural” entre los ciudadanos y la Administración de Justicia.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 30/1982, de 1 de junio, *“el principio de la publicidad de los juicios garantizado por la Constitución (art. 120.1) implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social... no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado”*.

Ocurre a veces que el periodista, en el ánimo de saberse portador de una exclusiva, “vuelca” la información directamente de la fuente, sin contrastarla en algunas ocasiones, o, en otras, sin realizar un filtro para convertirlo en un lenguaje periodístico claro, responsable y preciso. Es obvio que los periódicos digitales, intentan procurar una información casi en directo de los acontecimientos que suceden; sin embargo, las prisas por ser los primeros, pone en peligro la claridad expositiva con dos riesgos: uno, que no se entienda y otro, más preocupante, que el contenido de la noticia no sea tal, sino que nos encontremos finalmente ante una de las muchas *fake news* que circulan por las ondas.

En esta situación, de resultar que la noticia publicada es falsa, inexacta o errónea, entraríamos en el complicado terreno de la posible vulneración de derechos fundamentales de la persona implicada en un bulo que, irremediablemente,

se ha hecho viral en un tiempo récord. De ahí la gran responsabilidad que tiene el comunicador y el medio de comunicación a la hora de transmitir cualquier tipo de noticia, y en especial, las que tienen que ver con cuestiones judiciales.

Por ello el Informe recomienda a las instituciones que procuren una buena formación jurídica a los periodistas especializados en las secciones de justicia para no confundir a los ciudadanos y para no afectar posibles derechos fundamentales²⁵ tanto a las partes procesales de un determinado procedimiento en marcha, como también el deber de respetar la labor jurisdiccional desarrollada por abogados, procuradores, jueces, magistrados, fiscales y demás personal de la Administración de Justicia.

Así mismo es importante, para terminar que, habiendo quedado claro que las palabras pueden llevar a confusión en el lector u oyente poco instruido en el lenguaje jurídico, las imágenes que suelen acompañar a la redacción o transmisión de ese tipo de noticias pueden ser “levantiscas” en el ánimo de la audiencia, pudiendo dañar otros derechos fundamentales del “protagonista de la noticia”, como del derecho al honor, a la intimidad, a la imagen y provocando, querámoslo o no, los temidos juicios paralelos²⁶ o la conocida como “pena de telediario”

²⁵ El Protocolo sobre Medios Audiovisuales T.S. nº 770/03 Protocolo de Acceso de los Medios de Comunicación a las Salas de Vista establece que *“la divulgación de nombres de personas implicadas en un procedimiento puede afectar a su intimidad, honor y propia imagen, además de a la presunción de inocencia y que la divulgación de nombres particulares está sujeta a las leyes. En el caso del Tribunal del Jurado deberá de respetarse el anonimato de sus miembros salvo que los mismos no pongan impedimento en ser filmados o fotografiados”*.

²⁶ RODRÍGUEZ VIDALES, Y.: “Qué diferencia hay entre los «juicios paralelos» y los «juicios oblicuos»”, en Confilegal, enero de 2019, explica que *“En la sentencia del «caso Cooperación», el ponente, Antonio del Moral, emplea esta distinción para argumentar por qué los tribunales saben sustraerse de «declaraciones sobre los hechos objeto de enjuiciamiento realizadas por responsables políticos» en los medios de comunicación. Del Moral sostiene que el «juicio paralelo» al que se refería «el recurrente no afecta a la legalidad de la sentencia». Esto es así porque en un «juicio paralelo», el juicio mediático y jurisdiccional son verdaderamente paralelos, «no han interactuado entre sí». No es una distinción conceptual sino descriptiva. Se dice que el juicio mediático es de verdad paralelo porque no interfiere para nada en el juicio legal porque el tribunal sabe sustraerse a él. No existirá ningún problema y se realizará un juicio justo. El peligro viene cuando más que un «juicio paralelo» hablamos de un «juicio oblicuo», por continuar con el símil geométrico. Es decir, cuando, de forma buscada o no, se interfiere en el juicio legal condicionándolo”*. <https://confilegal.com/20190101-magistrado-antonio-moral-distingue-juicios-paralelos-oblicuos-10062015-1716/> (fecha de consulta 24 de noviembre de 2019).

que utilizan de forma indiscriminada algunos medios de comunicación y otros agentes con influencia en la sociedad que emiten de manera frívola e irreflexiva sentencias condenatorias siquiera antes de haber concluido la tramitación de un proceso con todas las garantías tal como exige el artículo 24.2 de nuestro Texto Constitucional²⁷. El tratamiento de las imágenes en las noticias jurídicas debe realizarse con el máximo respeto y eso es precisamente lo que se desprende de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 520.1º), de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 5.3º), de la Secretaría de Estado de Seguridad (Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre) y de la Fiscalía General del Estado (Instrucción 3/2009), además de la Instrucción 12/2015, de 1 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el “Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

No olvidemos que a los periodistas no se les exige ser imparciales, pues la imparcialidad es una exigencia exclusiva de jueces y magistrados; lo que se les pide es que transmitan una información clara y comprensible a su audiencia.

Concluye el Informe con una recomendación que creemos fundamental y que debe potenciarse, como es la importancia de los gabinetes de prensa²⁸ de los órganos jurisdiccionales que hacen las veces de intermediarios con los periodistas. Precisamente, en el mes de noviembre de 2019, la Comisión de Ética Judicial, en respuesta a una cuestión planteada por un magistrado sobre “qué hacer ante la petición de unos periodistas que quieren ser recibidos para aclarar aspectos de un proceso en trámite o de una determinada resolución judicial”²⁹, llama a los jueces a ser moderados y prudentes en sus declaraciones, aconsejando

²⁷ Como sabemos, el derecho a un proceso con todas las garantías es uno de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución del 78 cuya infracción más alto número de recursos de amparo origina.

²⁸ En el punto diez de las pautas de actuación se indica que “Las cuestiones que planteen los medios de comunicación y órganos jurisdiccionales, en relación con la aplicación del presente Protocolo, se canalizarán a través del Gabinete de Prensa a la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia o al respectivo Presidente de Audiencia Provincial, sin perjuicio de su posterior análisis en el seno de la Comisión Mixta Sala de Gobierno-Medios de Comunicación”.

²⁹ En “*La Comisión señala que la prudencia debe guiar la relación entre jueces y medios para preservar la imparcialidad y los derechos de las partes*”, Noticias Jurídicas. Imparcialidad Judicial 08/11/2019. <http://noticias.juridicas.com> (fecha de consulta 14 de noviembre de 2019).

que la relación del juzgado con los medios de comunicación se realice mediante las Oficinas de Comunicación, sin que ello obste al ejercicio de la libertad de expresión del juez o magistrado, pero siempre evitando poner en peligro la propia imparcialidad del juez y, por ende, la imagen de la Justicia, porque determinadas declaraciones pueden provocar una alarma innecesaria que puede depender de varios factores: cómo lo relate el transmitente, cómo lo transmita el periodista y/o cómo, finalmente, lo entiendan los ciudadanos³⁰.

VII. CONCLUSIONES

Analizado a grandes rasgos el panorama de la complejidad del lenguaje jurídico, o más correctamente, de la terminología jurídica utilizada, queremos terminar con algunas consideraciones de cara al futuro.

Debe abogarse, más pronto que tarde, por que los miembros de la Administración de Justicia, juristas en general, filólogos, lingüistas y profesionales de los medios de comunicación realicen un esfuerzo colaborativo en mejorar la redacción y correcta transmisión de las cuestiones jurídicas que a la sociedad le atañe para poder hacerse entender y ser comprendidos por todos.

Cuanto mejor y más informados estén los ciudadanos sobre todo lo que rodea al mundo judicial mejor percepción de la Justicia tendrán con lo que supone de respeto mutuo entre las instituciones del Estado y, como consecuencia, un consolidado funcionamiento de nuestro Estado social y democrático de Derecho síntoma de una sociedad saludable y, por supuesto y fundamental, una garantía de seguridad jurídica.

³⁰ De la misma manera, la Comisión de Ética Judicial también recomienda esa prudencia cuando un juez quiera participar en un documental de televisión sobre un caso cerrado, es decir, que la sentencia haya adquirido firmeza. Determinados datos morbosos de una causa no aportan nada, simplemente se trata de una cuestión de cuota de pantalla que lo único que puede hacer es provocar un daño a la moral o a la integridad de los familiares de las víctimas que se verían afectados gratuita y gravemente. Ha de evitarse el “todo por el share”, cuando ese “todo” produce un daño doloroso y sin sentido a las partes de un proceso, aunque sea un caso cerrado que no vaya a tener influencia en un procedimiento en curso... faltaría más. En *“La Comisión señala que la prudencia debe guiar la relación entre jueces y medios para preservar la imparcialidad y los derechos de las partes”*, Noticias Jurídicas. Imparcialidad Judicial 08/11/2919. <http://noticias.juridicas.com> (fecha de consulta 14 de noviembre de 2019).

En suma, y siguiendo la filosofía del *haiku* japonés, hay que potenciar el talento de hacer fácil, que no simple, lo difícil.

DESIGUALDADES MASCULINAS: ALGUNAS REFLEXIONES SOCIO-LEGISLATIVAS

Mar Montón García

Profesora Contratada Doctora (Universidad Rey Juan Carlos. Madrid)

Sumario: I. EL DESPERTAR JURÍDICO-SOCIAL DE LA MUJER. II. LOS PRIMEROS PASOS HACIA LA "REVOLUCIÓN". III. LOS PRINCIPIOS DE LA IGUALDAD: EL RIESGO A LA SUPERIORIDAD. IV. JUDICIALIZACIÓN DE LOS TÉRMINOS: EL INTENTO DE MANTENER LA IGUALDAD DE GÉNEROS. V. FINALIDAD COMÚN: IGUALDAD VERSUS DESIGUALDAD DE GÉNERO. VI. DISTINTOS TIPOS DE VIOLENCIA: MACHISTA, DE GÉNERO Y/O DOMÉSTICA. VII. CONCLUSIÓN.

I. EL DESPERTAR JURÍDICO-SOCIAL DE LA MUJER

En los inicios de la Legislación Española el primer escollo que se intentó eliminar con la promulgación de nuestra Ley Suprema fue la exigua igualdad que existía en nuestra nación, respecto a los derechos y obligaciones que por ambas partes, hombres y mujeres, tenían que cumplir; ya que la balanza se postulaba de manera más positiva hacia el género masculino en cuanto al disfrute de determinados derechos, y al género femenino de forma más negativa puesto que se reservaban sus actuaciones para el desarrollo de los deberes que conllevaba una familia en todos sus ámbitos. Se convertía en la responsable oculta del bienestar "amurallado" de una familia (cualquiera de los años 60 y 70) mientras que el hombre era el que se vanagloriaba de sustentarla económicamente, lo que le otorgaba todo tipo de privilegios, que la mujer, la ama de casa, profesión aún hoy día denostada, no le permitía desarrollar, ya fuera por falta de tiempo o porque su pareja no le daba "permiso" para ello.

Todos estos pensamientos, actuaciones, formas de vida han ido evolucionando conjuntamente con una sociedad española que una vez caído el régimen dictatorial e implantando con no vano esfuerzo, la actual y segura Democracia; gracias a todos los que con su esfuerzo lo consiguieron; se promulgó la Constitución Española haciendo desaparecer la barrera inalcanzable entre el

hombre y la mujer, con la redacción del Artículo 14 CE que determina: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

II. LOS PRIMEROS PASOS HACIA LA “REVOLUCIÓN”

En este momento se iniciaba un periodo de evolución inmenso e intenso por parte de la mujer, ya que tenía que hacerse un hueco en un mundo controlado por ideas masculinas, algunas machistas que seguían considerando a la mujer inferior a los hombres, ya no física (que en ciertas ocasiones puede ser admisible dicha afirmación, ya que genéticamente los hombres tienen más “fuerza bruta” que las mujeres), sino también mentalmente, incapaz del desarrollo de ciertos trabajos de responsabilidad.

La comunidad española no estaba preparada para que las féminas se hicieran con el control práctico de determinadas profesiones, hasta ahora únicamente desarrolladas por los hombres, sectores como el Empresarial, Banquero, Político, Universitario, Judicial comenzaba a abrirse a la inclusión de una mujer preparada para enfrentarse a cualquier reto laboral, y se tuvieron que rendir a la evidencia.

Se iniciaba una transición importantísima, relevante, acorde con los nuevos tiempos en los que en una España con una novel democracia tenía que controlar y regular, y todo ello llevó y lleva su tiempo.

Las mujeres comenzaron a cambiar su rol, necesitaban realizarse como personas, ya que hasta este momento ni podían ni les habían dado la oportunidad para hacerlo¹. Y lo consiguieron, y aún continúan, continuamos solventando

¹ En el Código Civil de 1889 se presentaba la desigualdad del hombre para con la mujer y viceversa de manera exagerada, lo que reflejaba la mentalidad machista de la época al considerar a la mujer únicamente capacitada para tareas domésticas, del hogar y del cuidado de los hijos. Y como se venía observando desde la época Romana las féminas no tenían libertad para realizar ningún tipo de actuación, si no eran aprobadas por sus padres en un principio y por sus maridos una vez que contrajeran matrimonio, que era la única finalidad que tenían en la vida. Todo ello aprobado por su Artículo 55 y siguientes nos quedamos perplejos al observar las siguientes afirmaciones: *“El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido” “la mujer está obligada a seguir a su marido dondequiera que fije su residencia” “el marido es el administrador de los bienes del domicilio conyugal”* lo que desembocaba en que el hombre era un ser superior y la mujer se situaba en el plano más inferior de la escala social, sin voz, ni voto ni mucho menos consejo.

escollos y dando grandes pasos para conseguir la igualdad para con los hombres, complicado, pero en mi opinión se ha conseguido². El problema comienza cuando las mujeres traspasan la frontera de la igualdad, finalidad principal del trayecto recorrido y se sitúan en una posición de supremacía y superioridad respecto a los hombres, lo que comienza de manera inmediata de nuevo la desigualdad entre géneros, aquella circunstancia que provocó el inicio de la defensa de los derechos de las mujeres, que como hemos comentado no disfrutaban.

III. LOS PRINCIPIOS DE LA IGUALDAD: EL RIESGO A LA SUPERIORIDAD

No es que la mujer quiera denostar al género masculino, sino que, y analizando todo la información conseguida para desarrollar este artículo, es como si desearan postularse como una estirpe superior, lo que en mi opinión, invalida todo lo que se sigue consiguiendo para igualar derechos, deberes y libertades. No somos superiores, somos iguales en la diferencia, diferentes pero con las mismas posibilidades, ni más para unos ni menos para otros., puesto que sino se repetirían los errores de la historia, provocando hacia el otro género una dictadura emocional, que no conlleva a nada positivo ni beneficioso en nuestra sociedad.

No es que el hombre lo hayamos convertido en un ser inferior, sino que al deseo de proteger, con razón, a la mujer, hemos olvidado seguir protegiéndolo a él.

El reconocimiento de una legislación especial para la mujer es positivo y necesario, ya que aquellas situaciones de maltrato, violencia, agresiones, machismo

² Ya en la época Franquista algunas mujeres comenzaron a reunirse para conseguir que se las tuvieran en cuenta y que ellas eran una parte muy importante de la sociedad, que había sido apartada durante siglos, querían libertad de pensamiento y de acción, derechos igualitarios de la misma manera que los disfrutaban los hombres, así como los deberes que tenían que cumplir como ciudadanas de una sociedad, y el primer paso lo encontramos en la Ley de 24 de abril de 1958 con la que consiguieron adquirir capacidad jurídica para actuar como los hombres. El primer paso estaba dado empezaba un duro y complicado recorrido. Hasta que con la Constitución de 1978 se equiparaba al hombre con la mujer, sin diferencia de sexo, raza o religión.

que se producían en las familias españolas, a la que se les daba normalidad, tenían que dejar de producirse, había que denunciar, controlar y castigar legislativamente a los hombres que actuaban con las mujeres como si fueran sus amos, sus dueños, controlándoles su vida hasta límites insospechados.

IV. JUDICIALIZACIÓN DE LOS TÉRMINOS: EL INTENTO DE MANTENER LA IGUALDAD DE GÉNEROS

Y es que si la vida evolucionaba, el sistema judicial tenía que ser acorde con dicha evolución, y comenzar a judicializar situaciones que denigraban a la mujer y que hasta el momento la sociedad le había dado la espalda. Se verbalizó el maltrato a la mujer, madres, hermanas e hijas como Violencia de Género, a través de una normativa especial estatal y autonómica, con distintos tipos de normas complementarias de protección, asistencia jurídica, en todos los ámbitos penal, civil, social, laboral y de seguridad social. Se materializó mediante los Juzgados de violencia sobre la mujer, con su propia estructura orgánica y funcionamiento; en el ámbito autonómico, cada Comunidad Autónoma tendrá su propia Ley de Violencia de Género³.

El primer paso para proteger a todas las mujeres de cualquier tipo de incidencia que pudieran dañarlas estaba dado, así como la protección a las víctimas, siempre mujeres, nunca se ha planteado una violencia de género contra los hombres, y es que se presupone que en todos los casos el hombre es el maltratador y la víctima es la mujer. Y es que aunque en la realidad, y si nos remitimos a las estadísticas, la mayoría de las víctimas de violencia de género son mujeres, debido a superioridad en fuerza que puede provocar un hombre contra una mujer; en ocasiones los hombres también son vulnerados, maltratados, vejados, físicamente y sobre todo psicológicamente, circunstancias difíciles de admitir por parte de los hombres como víctimas y socialmente vergonzantes. Ya sólo con la definición de violencia

³ Se formalizaron todas estas necesidades en un Código de Violencia de Género y Doméstica que incluía Normativas y Medidas complementarias de órdenes de protección a las víctimas, de asistencia jurídica, de organización y normativa autonómica en la que en todas las Comunidades Autónomas contarían con una regulación específica contra la violencia de género y específicas para conseguir la igualdad de sexos. Listado recopilado del Boletín Oficial del Estado.

machista se produce la primera desigualdad, y aunque sólo sea en la forma de mencionarlo, todo ello desemboca en una falta de igualdad de la propia víctima que sufra violencia, independientemente del género, hombre, mujer o transexual. De esta última mencionada clasificación de género y como breve apunte consideramos que se encuentran en una laguna legislativa al no conseguir definirles ni ubicarles para poder defender sus derechos⁴, que son los mismos que el resto de los ciudadanos que conforman nuestra sociedad; al considerar que la aplicación de la LGTBI⁵ no defiende en igualdad a los colectivos que se incluyen en dicha legislación y no consiguen garantizar en su totalidad todos sus derechos. Un estudio del tema nos ha llevado a la conclusión que en situaciones especiales en las que los definidos como género oficial "hombre" a todos los efectos que habiéndose sometido a una operación de cambio de sexo y transformado en "mujer", ante una situación de violencia de género será de aplicación legal la propia Ley de Violencia de género por los hechos cometidos como varón, al constar en el Registro Oficial como tal, sin poder "beneficiarse" de la regulación que dicha Ley y en determinadas ocasiones les sea más provechoso por su condición de féminas. Lo que se denuncia es que si habiéndose admitido su cambio de sexo completo, jurídico y social, porque no se realiza la apertura legal de su transformación, de la misma manera que determina y señala el Artículo 1 de dicha LGTBI. Esta aplicación legislativa se tendría que llevar a efecto, ya que los hombres que forman parte de este colectivo se consideran discriminados, aunque su propio articulado como hemos visto les apoye. También añadiremos que se está produciendo una modalidad de "estrategia legal" en la que muchos hombres para no sufrir desigualdades hacen uso de la llamada vía de "apercibimiento del sexo femenino" y situarse en el lado de la balanza de

⁴ MONTÓN GARCÍA, Mar: *"Los Derechos de los transexuales como víctimas fantasmas de la legislación"*, en Congreso sobre "Violencia de Género versus violencia contra las mujeres", Nuevo proceso penal sin Código procesal penal, Atelier, Barcelona, ISBN: 9788417466473.

⁵ LGTBI: nueva Ley de género que designa y trata de proteger a los colectivos de Lesbianas, Gays, Bisexuales, personas Transgénero e Intersexuales. Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.

la mujer que consideran más rentable para ellos, como en los casos de separación y divorcio con sus parejas siendo éstas también mujeres; supuestos de denuncias falsas⁶ de violencia de género hacia el hombre⁷...

V. FINALIDAD COMÚN: IGUALDAD VERSUS DESIGUALDAD DE GÉNERO

No deseo con el análisis de este estudio ni es mi intención denunciar o dejar entrever que nuestra legislación no es igualitaria (aunque en ocasiones pudiera serlo), sino que atendiendo a la evolución legislativa que se va produciendo, el crecimiento y cambios en la propia sociedad debería también transformarse junto con ella puesto que el cambio debe ser ventajoso para las dos partes, independientemente de su condición sexual o genital como en el último supuesto que he mencionado.

⁶ MARÍA SANAHUJA: Jueza decana de Barcelona, manifestó de manera preocupante la gran cantidad de denuncias falsas que se producían en los procesos de separación y divorcio, no sólo de manera privada en el ámbito judicial; sino también expandidas a un ámbito más externo, últimamente el intento de victimizarse para conseguir mayores apoyos judiciales se manifiesta en la publicidad de este tipo de denuncias, lo que conlleva a aumentar los daños y perjuicios que puedan ocasionar a la supuesta víctima de malos tratos y que en un número elevado de veces son falsas. Ésto nos lleva a preguntarnos, ¿qué está sucediendo en nuestra sociedad moderna?, ¿son las mujeres las que “aprovechando” su condición como tal, su propia evolución en derechos y deberes juegan con la misma justicia interponiendo denuncias a sabiendas de que son falsas con la única intención de recibir una compensación económica o simplemente el deseo gratuito de hacer daño a su ex-pareja? En mi opinión y en determinados casos están jugando a un juego demasiado peligroso, traspasando la línea entre aquellas mujeres que verdaderamente son víctimas de violencia de género y aquellas que aprovechándose de la protección de las primeras desean beneficiarse de ciertos “privilegios o beneficios” que a éstas no le corresponden. Estas mismas ideas fueron apoyadas por el Juez FRANCISCO SERRANO que expuso en referencia a la aplicación de las Leyes de protección a la mujer como víctima de violencia de género que “estigmatizan al hombre y defienden a la mujer por el mero hecho de serlo” sin pararse a analizar ni investigar los motivos que llevaron a ambas partes a dicho enfrentamiento; no si antes declarar su rechazo absoluto a cualquier tipo de violencia con independencia del género de la víctima o del autor.

El 27 de Mayo de 2015, en la ciudad de Almería la Policía desarticuló una red de ciudadanos marroquíes que manejaban una organización de denuncias falsas cuyas beneficiadas eran mujeres que obtenían la nacionalidad española.

⁷ Según la aplicación de la LGTBI: no se tendrá que pedir una acreditación por considerarse o sentirse mujer a “médicos, psicológicos o peritos”.

Llegados a este punto de intento de coordinar una correcta y ecuánime igualdad entre los hombres y las mujeres, nos surge un nueva disensión que nos lleva a plantearnos la diferencia de aplicación práctica que conlleva dos tipos de situaciones, que son por un lado la Violencia de Género y por otro la Violencia Doméstica. ¿Cómo, en qué condiciones y sobre qué argumentos se puede basar un Juez para considerar un acto violento, independientemente del sujeto autor o víctima para aplicar sus bases legislativas de un lado o de otro? ¿Es cierto que el hombre por ser hombre siempre se le aplicará la legislación de Violencia de Género cuando es autor de dichos actos y de Violencia Doméstica cuando es víctima de ellos?

El problema es grave y el intento real de una aplicación igualitaria a todos los supuestos nos genera cierta dudas. Revisada y analizada la propia Ley de Violencia de género⁸, no encontramos ningún apartado en el que el hombre sea considerado como víctima de ningún tipo de delito, ni de violencia generado hacia él; sino que se presenta a éste como el responsable de la violencia máxima y extrema hacia la mujer, que consideramos, por supuesto, que debe ser castigado con la mayor de las durezas (ya que es una lacra en nuestra sociedad); sin embargo nos parece extraño que si a lo largo de la lectura de dicha Ley existen apartados que defienden la igualdad entre hombre y la mujer⁹ de manera continuada, ¿por qué no existe ningún capítulo en el que se regule la violencia doméstica o de género de la mujer hacia el hombre? ¿qué sucede, que las minorías no deben ser protegidas, cuando es nuestro propio Estado de Derecho el que las defiende, puesto que a lo largo del tiempo han sido las más desfavorecidas?

⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral.

⁹ Artículo 4. *“Principios y valores del sistema educativo. 1. El sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia. Igualmente, el sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres y la formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos”.*

Artículo 6. *“Fomento de la igualdad. Con el fin de garantizar la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, las Administraciones educativas velarán para que en todos los materiales educativos se eliminen los estereotipos sexistas o discriminatorios y para que fomenten el igual valor de hombres y mujeres”.*

Artículo 14. *“Los medios de comunicación fomentarán la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, evitando toda discriminación entre ellos”.*

Parte de la sociedad española y así lo hemos visto plasmado en numerosos artículos y reflexiones, considera que la propia Ley de Violencia de Género¹⁰ debería ser una ley que persiga las actuaciones de hombres que por educación, genética o incluso enfermedad realizan actuaciones machistas en contra de la mujer, desde considerarlas inferiores a ellos, hasta el punto de maltratarlas como si fueran de su propiedad, todos ellos repulsivos y castigables. Sin embargo no se ha tenido en cuenta la peligrosidad que ha supuesto que una parte de la sociedad machista sea con acierto castigada, sino que se ha traspasado la delgada línea de la generalidad, y no todos los hombres son machistas, por lo que castigemos a los que lo son, no a la totalidad del género masculino.

VI. DISTINTOS TIPOS DE VIOLENCIA: MACHISTA, DE GÉNERO Y/O DOMÉSTICA

Nos planteamos conceptualmente la diferencia entre Violencia de Género y Violencia Doméstica, la primera es aquella (que como en su propia legislación se refiere) que sufren las mujeres, por el simple hecho de serlo, y que son violentadas, vejadas y humilladas verbal y físicamente por su parejas (en convivencia o no), en este caso hombres que aprovechándose de su poder físico ejercen actos violentos sobre ellas. El segundo tipo de violencia, la doméstica, es aquella que se produce por razones de convivencia familiar en el seno de un domicilio en el que se producen altercados que desequilibran la armonía familiar. Según el artículo 173.4 del Código Penal, los casos de violencia doméstica son considerados como aquellos “malos tratos habituales” producidos de manera continuada que se van a judicializar como delitos leves, pudiendo imponerles una medida de libertad

¹⁰ Ley de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género: define a la violencia como “una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

En este apartado quiero destacar una desigualdad que pueden sufrir en este caso las mujeres que hayan sido violentadas por personas del sexo contrario y que no tengan ningún tipo de relación y que por ello no pueda incluirse su situación en la citada Ley, en este caso, se ha realizado un intento de adhesión como violencia machista cualquier tipo de agresión que se produzca entre géneros aunque no existiera relación sentimental entre las partes, mediante el Convenio de Estambul, un Pacto de Estado que se firmó en el año 2017 contra la violencia de género con el fin de regular el tratamiento de las víctimas.

vigilada¹¹. Éste será el único supuesto a lo largo de toda la legislación española en el que se incluye al género masculino en el mismo escalón igualitario que al femenino, al señalar que se admitirá como tal este tipo de violencia generado tanto por parte de un hombre como de una mujer.

Según el Tribunal Supremo, la agresión ejercida de un hombre contra una mujer, será siempre violencia de género; y la provocada por una mujer contra un hombre se calificará como violencia doméstica. Afirmación que provoca disensiones, disputas y valoraciones en las que se puede o no estar de acuerdo; desde mi punto de vista, la desigualdad e incoherencia surge de manera inmediata, de sobra es sabido que cualquier acto violento de una persona contra otra debe ser castigado haciéndose cumplir todo el peso de la Ley, sin embargo cada supuesto concreto debería estudiarse de manera individual y no generalizar, cada caso es un mundo, y es que ¿por qué no analizamos la violencia silenciosa que pueden estar sufriendo esos hombres que día a día son agredidos, maltratados, vejados y humillados verbal y psicológicamente por sus parejas, mujeres, de manera continuada, que se ven perdidos y desprotegidos tanto en el ámbito legislativo al no “disfrutar” de una regulación acorde a sus necesidades; y en el ámbito social el que todavía no está preparado para admitir que los hombres¹², ese género que hemos ensalzado de manera errónea, que hemos tachado de violento “natural”, que le hemos adjudicado una situación de superioridad y supremacía que no comparto? Llega un momento en el que también hay que protegerlo, puesto que la otra parte, la víctima mujer en otras ocasiones (la mayoría, cierto es) se convierte en su verdugo y sorprendentemente observamos que nuestro Ordenamiento Jurídico tiene una laguna difícil de solventar, por lo que su solución en generalizar todos los supuestos de violencia no la considero acertada ni acorde con esa igualdad que tanto se defiende.

¹¹ Dentro del epígrafe de “Violencia doméstica” hay que incluir también todos aquellos actos violentos que se ejerzan no sólo contra mujeres, sino también las agresiones producidas contra parejas del mismo sexo y el maltrato contra abuelos e hijos, y el resto de los miembros que formen parte del entorno familiar.

¹² Debido al incremento de situaciones de vulnerabilidad de hombres vejados y maltratados, han comenzado a surgir las Asociaciones de hombres maltratados, facilitando un número de teléfono de asistencia continuada las veinticuatro horas del día (900907830) en el que se facilitará consejo y ayuda. Son muchas las cuestiones a las que los hombres se enfrentan y que no encuentran, como hemos comentado respaldo institucional, ¿qué postura deben adoptar los hombres cuando se les denuncia falsamente por agresión sexual, a la propia mujer o a sus hijos? Cuando son maltratados psicológicamente de manera continuada mediante un abuso verbal, insultando, gritando y menospreciando su actitud, su trabajo e incluso su presencia física.

VII. CONCLUSIÓN

Vivimos en un Estado de Derecho, en una sociedad democrática que ante todo defiende una igualdad entre hombres y mujeres que se ha logrado con mucho esfuerzo, recorriendo un camino tortuoso, llegando a una balanza igualitaria entre sexos, hombres y mujeres iguales en su diferencia, iguales en derechos, deberes y obligaciones. Por lo que desde estas letras con las que he querido poner voz legislativa a la minoría silenciosa, a situaciones que no son políticamente correctas, el debate está abierto, juzguemos igualando, legislemos entre iguales, pero no incluyamos a las "minorías" entre la generalidad, analicemos cada situación individual sin automatizar una solución general. La igualdad nos hace libres, no superiores!!

Bibliografía

GARCIA NARANJO, Celia: "La Ley contra el maltrato ha discriminado al hombre" en Madrid Diario. Septiembre del año 2009.

MORAL DE LA RUBIA, José: "Diferencias de género en afrontamiento y violencia en pareja". Revista CES Psicología. ISSN 2011-3080.

S. DE FRUTOS, Manuel: "¿Por qué es necesaria una ley contra la violencia de género?", en Política: análisis y opinión. 9 enero de 2019.

TORRALBO RUIZ, Ángela: "El rol de la mujer en el Código Civil: especial referencia a los efectos personales del matrimonio". Año 2011.

TOLDOS ROMERO, María de la Paz: "Hombres víctimas y mujeres agresoras. La cara oculta de la violencia entre sexos". Editorial Cántico. ISBN 978-849-403-689-7.

TRUJANO, Patricia: "Violencia hacia el varón". ISSN 0210-8348.

www.edu.ve/periodico/2017/04/26www.libremercado.comwww.elpais.com/elpais/2019/01/22www.ibasque.comwww.mateobuenoabogado.com

IMPLICACIONES PROCESALES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO RELATIVO A LA FISCALÍA EUROPEA

Juan Alejandro Montoro Sánchez
*Doctor en Derecho (Universidad Pablo de Olavide. Sevilla)*¹

Sumario: I. UNA NUEVA INSTITUCIÓN COMUNITARIA PARA LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FINANCIERO: LA FISCALÍA EUROPEA. II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. III. MODALIDADES DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y RÉGIMEN APLICABLE. IV. PRINCIPIOS DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. V. DERECHOS DE LOS INTERESADOS. 1. Derecho de información. 2. Derechos ARCO POL. VI. COMUNICACIÓN Y TRANSFERENCIAS DE DATOS PERSONALES. VII. CONCLUSIONES.

I. UNA NUEVA INSTITUCIÓN COMUNITARIA PARA LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FINANCIERO: LA FISCALÍA EUROPEA

Mediante la aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 la Unión Europea (en adelante RFE)², cuya tramitación se ha llevado a cabo a través del mecanismo de cooperación reforzada³, ha tenido lugar la creación de un nuevo organismo comunitario independiente, descentralizado y con personalidad jurídica propia, que ha sido ideado con la

¹ Trabajo vinculado al Grupo de Investigación del Proyecto de I+D de Generación de Conocimiento PGC2018-095735-B-I00: “Límites a la utilización de datos, evidencias e información entre procesos y procedimientos diversos en España y la Unión Europea (LUDEI)”.

² Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. DOUE 283, 31.10.2017, págs. 1-71.

³ Procedimiento especial de adopción de actos legislativos y decisiones previsto en el art. 20 del Tratado de la Unión Europea para aquellos ámbitos competenciales que no se atribuyen en exclusiva a la Unión.

finalidad de combatir la delincuencia financiera transnacional susceptible de afectar a los intereses económicos de la Unión Europea. Nos referimos a la Fiscalía Europea⁴, cuyo ámbito funcional de actuación⁵ viene predeterminado por lo dispuesto en el art. 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –precepto que ha servido a su vez como base jurídica para la creación de la institución– que lo circunscribe exclusivamente a la persecución e investigación de las infracciones penales que sean susceptibles de perjudicar a los intereses financieros de la Unión Europea⁶ así como el ejercicio de la acción penal contra sus autores y cómplices. Competencias que se desarrollan con mayor detalle, en cuanto a los ámbitos material y territorial en los arts. 22 y 23 del RFE⁷.

⁴ Se puede consultar en relación a los antecedentes y origen de la Fiscalía Europea, entre otros a: VV. AA., BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018; SÁNCHEZ GÓMEZ, R., *La Fiscalía Europea (naturaleza, atribuciones y principios de actuación)* en GÓNZALEZ CANO, I. (coord.) *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 281-314 y MONTESINOS GARCÍA, A., *La nueva fiscalía antifraude europea* en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46, 2018; ESTÉVEZ MENDOZA, L., *La instauración de la fiscalía europea como cooperación reforzada: Problemas orgánicos y procesales* en *Revista de estudios europeos*, núm. Extra.1, 2017, págs. 106-122.

⁵ Actuación que debe ejercerse con pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como los principios de legalidad y proporcionalidad. Sin perjuicio del principio de cooperación leal en las relaciones que mantenga con las autoridades nacionales competentes.

⁶ La Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, define este concepto como “todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados a: i) el presupuesto de la Unión, ii) los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión creados de conformidad con los Tratados, u otros presupuestos gestionados y controlados directa o indirectamente por ellos”. El mismo texto enumera los múltiples delitos susceptibles de afectar a los intereses financieros de la Unión, que ya han debido de ser transpuestos a la legislación penal interna de los Estados miembros, al haber finalizado el plazo el anterior 6 de julio. En nuestro país la transposición se llevó a cabo mediante la aprobación de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

⁷ Para mayor información sobre el contenido material y territorial de las competencias atribuidas a la Fiscalía Europea pueden consultarse: VV. AA., BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, PÉREZ MARÍN, M.A., *La competencia de la Fiscalía Europea: criterios materiales y territoriales para su determinación* en *Revista Internacional Consinter di Direito*, num. 8, 2019 y RUIZ MAGAÑA, I., *La Fiscalía Europea como órgano instructor. Actos de imputación y garantías procesales del sujeto pasivo* en *Revista de Estudios Europeos* núm. ext. 1, 2017, 123-144.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

No es desconocida a estas alturas, la notable importancia que para el legislador y demás instituciones europeas representa la salvaguarda de los derechos fundamentales, y en particular, del derecho a la protección de datos de carácter personal. De hecho, es incluso posible expresar que la Unión Europea se ha convertido en un estandarte a nivel mundial en la defensa de este derecho, por el alto nivel de protección y desarrollo del que lo ha dotado a través de diversos instrumentos convencionales y normativos. Así, en consonancia con el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, la Unión Europea ha reconocido al derecho a la protección de datos como derecho fundamental en el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siendo posteriormente objeto de desarrollo en el Reglamento General de Protección de Datos y en lo que respecta a los tratamientos de datos con fines relacionados con el ámbito penal en la Directiva 2016/680/UE.

Este afán por garantizar el respeto al derecho a la protección de datos ha motivado que el legislador europeo haya incluido en el propio texto del Reglamento de la Fiscalía Europea una extensa y detallada regulación de este derecho con la finalidad de dotar a esta institución de un marco jurídico específico que permita adecuar las reglas y principios aplicables al tratamiento de datos que debe desarrollarse en la institución a las particulares exigencias derivadas del ejercicio de sus funciones y competencias. Llamando poderosamente la atención que, la regulación de este derecho representa prácticamente un tercio del texto, pues de un total de ciento veinte artículos, cuarenta y dos se dedican a reglamentar aspectos de esta materia.

También resulta altamente llamativo que el legislador haya actuado disponiendo de forma prolija y pormenorizada este régimen específico de protección de datos⁸, en lugar de haber efectuado una mera remisión a la regulación

⁸ En este caso, el legislador ha actuado de forma similar a como lo hiciera respecto al nuevo Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (EUROJUST), estableciendo una regulación específica para el RFE, siguiendo el dictado de la Declaración 21 relativa a la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, aneja al TUE y al TFUE, que prevé la eventual necesidad de creación de normas específicas para este ámbito.

plasmada en la Directiva 2016/680/UE, que sería plenamente viable, por encuadrarse el tratamiento de datos efectuado por la Fiscalía Europea en cumplimiento de sus funciones en el ámbito material de aplicación de la Directiva, sin perjuicio de que se hubieran regulado *ad hoc* aquellas cuestiones que requirieran una particular configuración o tratamiento por razón de las características de la nueva institución. No obstante lo anterior, lo cierto es que el legislador ha optado por una regulación propia, situando en un segundo plano a la Directiva 2016/680/UE, al tratarla como norma informadora respecto de la aplicación de las disposiciones en materia de protección de datos del RFE y supletoria en las no reguladas expresamente, de conformidad con su Considerando (93)⁹.

III. MODALIDADES DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y RÉGIMEN APLICABLE

El RFE distingue a lo largo de su articulado dos modalidades diferentes de tratamiento de datos de carácter personal atendiendo a la finalidad del mismo: el tratamiento de datos personales con finalidad administrativa y el tratamiento de datos personales con finalidad operativa. Correspondiendo la primera categoría al tratamiento de datos que desde la Fiscalía Europea se efectúe con mera finalidad burocrática y de organización interna de los medios personales y materiales adscrito a la misma. Mientras la segunda de las modalidades de tratamiento de datos personales, abarca aquellas operaciones que estén vinculadas al desempeño de las funciones y competencias que el RFE atribuye a la Fiscalía Europea con fines estrictamente penales¹⁰. Siendo la principal consecuencia derivada de esta clasificación, la aplicación de un determinado régimen jurídico al

⁹ Este considerando establece que: “Las normas del presente Reglamento relativas a la protección de los datos personales deben interpretarse y aplicarse de conformidad con la interpretación y la aplicación de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo (1), que se aplicará al tratamiento de datos personales por las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea para fines de prevención, investigación, detección o ejercicio de la acción penal respecto de delitos o de ejecución de sanciones penales”.

¹⁰ El art. 49.1 RFE aclara y detalla las distintas finalidades de tratamiento que se encuadran bajo la categoría de tratamiento operativo: investigaciones y ejercicio de la acción penal; el intercambio de información con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea y con otras instituciones, órganos y organismos de la Unión y la cooperación con terceros países y organizaciones internacionales.

tratamiento de los datos¹¹, pues mientras al tratamiento de datos administrativo le es de aplicación el régimen dispuesto para todas las instituciones de la Unión Europea establecido en el Reglamento (CE) 2018/1725¹² ex art. 48.1 RFE, al tratamiento con fines operativos le es de aplicación el régimen específico previsto en el RFE. No olvidemos que dicha diferenciación obedece a que el tratamiento con fines operativos y de investigación consiste en un tratamiento asimilable al que pueda efectuar una autoridad judicial durante la instrucción de unas diligencias previas en nuestro ordenamiento interno, pues, de hecho, las funciones asignadas a la Fiscalía Europea vienen a sustituir la labor del instructor nacional.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que cuando un asunto pase a manos de una autoridad judicial nacional de un Estado miembro –en sentido estricto–, de conformidad con alguno de los supuestos previstos en el art. 36 y siguientes del RFE, esto es, cuando una vez concluida la instrucción de un asunto se proceda por ejemplo a instar el ejercicio de la acción penal y prosiga el proceso el cauce natural del juicio oral o la conformidad, el régimen jurídico aplicable al tratamiento de datos pasará a ser el aplicable al órgano jurisdiccional según la normativa interna vigente, pues el Juzgado o Tribunal competente pasará a ostentar la cualidad de responsable del tratamiento. Debiendo tenerse en cuenta que la normativa nacional aplicable a la autoridad jurisdiccional, será desarrollo, al menos parcialmente, de la Directiva 2016/680/UE¹³ al ser aplicable al tratamiento de datos con fines de enjuiciamiento y ejecución penal, según su art. 2.1.

¹¹ Clasificación bifronte que recuerda a la dispuesta en el art. 236 *bis* LOPJ para los tratamientos de datos que se desarrollan en el ámbito de la Administración de Justicia, que distingue entre tratamientos con fines jurisdiccionales y no jurisdiccionales con la finalidad, entre otras, de determinar la normativa de aplicación.

¹² El art. 48. del RFE remite a la aplicación del ya derogado Reglamento (CE) n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000 para el tratamiento de datos con finalidad administrativa. Sin embargo, en la actualidad, debe entenderse hecha tal remisión al Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE por ser la norma vigente sustitutiva de la mencionada.

¹³ En el ámbito interno, dicho tratamiento estará sometido a la recientemente aprobada Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, tal y como prevé el art. 236.2 *ter* LOPJ.

IV. PRINCIPIOS DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

El primero de los artículos que dedica el RFE a establecer el régimen en materia de protección de datos con fines operativos, esto es, el art. 47 se encarga de definir y asentar los diversos principios esenciales, de imprescindible observación, que deben inspirar todo tratamiento de datos personales que se efectúe en el seno del organismo en garantía de los derechos de los interesados. Resultando ser el elenco que aparece, una copia prácticamente exacta de los principios que se recogen en el art. 5 del Reglamento General de Protección de Datos, en lugar de los dispuestos en la Directiva 2016/680/UE o en el Reglamento (UE) 2016/794, normas con las que indiscutiblemente mantiene una relación más estrecha, al compartir como finalidad la regulación de los tratamientos de datos con fines penales. Estos principios son:

a) Licitud y lealtad: La licitud implica que el tratamiento efectuado por la Fiscalía debe estar amparado en una base legítima de tratamiento, siendo indudablemente la concurrente en la actividad operativa, el cumplimiento y ejercicio de los poderes públicos que le son conferidos por el Reglamento y cuyos fines específicos se detallan en su art. 49. Mientras la lealtad se traduce en que debe quedar totalmente claro para los interesados que se están tratando datos que le incumben, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados, circunstancias que deberán ponerse de manifiesto a través del derecho de información.

b) Limitación de la finalidad: que implica que los datos deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines. Principio especialmente relevante y esencial de cara a impedir el uso y la cesión ulterior de los datos personales para otros fines distintos de los que motivaron la recogida inicial, bien por la propia Fiscalía, o bien por terceras autoridades competentes para la lucha contra la delincuencia de los Estados miembros o incluso de terceros países, cuando fueran transmitidos en virtud del ordenamiento europeo o de Tratados Internacionales.

c) Minimización de los datos: Implica que los datos tratados deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad, esto es, deben tratarse exclusivamente los datos imprescindibles que se requieran por el tratamiento de datos que se acometa. En igual sentido, consecuencia del mismo, es

que el tratamiento de aquellos datos que pertenezcan a categorías especiales de datos¹⁴, los más sensibles, se restringe a aquellos casos en que su uso sea estrictamente necesario para las investigaciones de la Fiscalía Europea, con sujeción a las salvaguardias adecuadas de los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando complementen otros datos personales operativos ya tratados por la institución.

d) Exactitud: Consistente en que deben de adoptarse todas las medidas razonables para que los datos tratados sean exactos y actualizados, debiendo suprimirse o rectificarse sin dilación los que sean inexactos. Derivado de este principio se establece la obligación de la Fiscalía Europea de establecer diferentes categorías de datos en atención a circunstancias como la cualidad que ostente el interesado –ex. art. 51 RFE– o el nivel de calidad que presenten los datos –ex. art. 52 RFE–.

e) Limitación del plazo de conservación: Implica que los datos personales deben ser mantenidos para su tratamiento, exclusivamente durante el tiempo imprescindible para garantizar la finalidad del tratamiento. De modo que se descarta la posibilidad de almacenamiento de datos masivo e indiscriminado a los meros efectos de prevención futura de riesgos y delitos. Por tal motivo el art. 50 RFE establece los plazos máximos de conservación de los datos personales en los diversos supuestos que pueden acontecer, aunque los mismos pueden ser considerados extensos y especialmente criticable es la posibilidad de efectuar una extensión de los plazos de conservación cuando sea necesario “para el cumplimiento de sus funciones”.

f) Integridad y confidencialidad: En virtud de los mismos, debe garantizarse un nivel de seguridad suficiente sobre los datos personales mediante el establecimiento de medidas técnicas y/u organizativas adecuadas, de modo que éstos se protejan frente a accesos ilícitos o no autorizados y contra su pérdida o alteración tratados. Este principio se complementa con otras reglas establecidas a lo

¹⁴ Son, por ejemplo, los datos que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos destinados a identificar de manera unívoca a una persona física, datos personales operativos relativos a la salud, o datos personales operativos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

largo del articulado del RFE con el objeto de asegurar el correcto cumplimiento de los mismos, como por ejemplo el art. 73 que establece las condiciones técnicas que deben los responsables estar en condiciones de asegurar, o el art. 67 que impone la regla de la privacidad por defecto y desde el diseño.

V. DERECHOS DE LOS INTERESADOS

Aunque el RFE no alberga, a pesar de la notable extensión dedicada a regular el derecho de protección de datos, un capítulo o sección encargada a definir y configurar los derechos reconocidos a los interesados respecto al tratamiento de los datos operativos, sí es posible encontrar el núcleo de esta materia en los arts. 56 a 62 RFE. Se puede observar que la configuración de los derechos ARCOPOL que se prevé es análoga a la contenida en la Directiva 2016/680/UE, distando de la que se establece en el RGPD. Circunstancia que obedece a la limitación y restricción que de estos derechos se prevé en este ámbito, por razones de necesidad de garantizar la eficacia de las investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía Europea, tal y como sucede en la regulación general dispuesta en la Directiva 2016/680/UE y en el art. 24 de la Ley Orgánica 7/2021.

1. Derecho de información

Se reconoce en el art. 58 RFE, como manifestación del principio de lealtad, al derecho de información respecto de los interesados cuyos datos son tratados con fines estrictamente penales. Este principio exige que, tras la recogida de los datos y comienzo de las operaciones de tratamiento por la Fiscalía, se ponga inmediatamente a disposición del interesado información relativa a los aspectos básicos del tratamiento, como el origen de los datos, los fines y la duración del tratamiento y modo de ejercitar los derechos que asisten al titular. No obstante, como sucede en la regulación contenida en la Directiva 2016/680/UE, el derecho de información no se garantiza en el ámbito de aplicación del RFE en condiciones similares a las de RGPD, puesto que el principio de transparencia¹⁵ complementario del de lealtad, no se reconoce expresamente en la norma analizada, aunque se especifique que la información deba

¹⁵ Recuérdese que el principio de transparencia exige, según las notas interpretativas dispuestas en el Considerando 39 del RGPD, que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro.

prestarse de forma clara y entendible. Máxime cuando su aplicación sería especialmente deseable en este ámbito por mor de las características de los datos tratados y la finalidad y la trascendencia de entendimiento de la información que debe prestarse ex art. 58 RFE¹⁶.

Por otro lado, es criticable el hecho de que no se obligue a la Fiscalía a entregar de oficio dicha información tras la recogida de los datos y comienzo de las operaciones de tratamiento, ni siquiera establece un plazo de entrega razonable, lo que restringe o anula incluso ciertas las facultades de poder y disposición del interesado en materia de protección de datos y el eventual ejercicio de derechos incluso de índole procesal. Y lo que es más grave, no se establece la obligación de informar al interesado de las eventuales transmisiones de datos personales que se pudieran realizar a un tercer organismo internacional o Estado miembro.

2. Derechos ARCOPOL

En el ámbito del RFE, no se reconocen la totalidad de los derechos consagrados en la normativa general de protección de datos bajo el acrónimo ARCOPOL, tal y como ocurre con la Directiva 2016/680/UE y como se prevé en el propio RGPD respecto al tratamiento de datos desarrollado por los juzgados y tribunales en el resto de jurisdicciones. En concreto se reconocen a los interesados el

¹⁶ En concreto, el art. 58 RFE obliga a proporcionar al interesado, como mínimo, la siguiente información: la identidad y los datos de contacto de la Fiscalía Europea; los datos de contacto del delegado de protección de datos; los fines del tratamiento a que se destinen los datos personales operativos; el derecho a presentar una reclamación ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos y los datos de contacto del mismo; la existencia del derecho a solicitar de la Fiscalía Europea el acceso a los datos personales operativos relativos al interesado, y su rectificación o su supresión, o la limitación de su tratamiento. Asimismo, en su apartado segundo, recoge otra serie de información, que a juicio de la Fiscalía Europea puede ser brindada al interesado a fin de permitir el ejercicio de sus derechos: a) la base jurídica del tratamiento; b) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales operativos o, cuando esto no sea posible, los criterios utilizados para determinar ese plazo; c) cuando corresponda, las categorías de destinatarios de los datos personales operativos, en particular en terceros países u organizaciones internacionales; d) cuando sea necesario, más información, en particular cuando los datos personales operativos se hayan recogido sin conocimiento del interesado. Como se observa, el precepto deja bajo el criterio discrecional de la Fiscalía la posibilidad de entregar dicha información, sin establecer uno o varios fundamentos en los que poder basar su decisión, lo que implica una falta de seguridad jurídica en detrimento de las garantías del interesado respecto al derecho a la protección de datos y que pueden afectar al mismo proceso.

derecho de acceso, el de rectificación, el de supresión y el de limitación del tratamiento. Se obvian en cambio, por razones lógicas, los derechos de oposición y portabilidad, habida de su incompatibilidad con los fines del tratamiento.

El contenido y el diseño del procedimiento para el ejercicio de los derechos reconocidos en esta materia es similar al previsto en la normativa general de protección de datos de carácter personal y en la Directiva 2016/680/UE, atribuyendo cierta capacidad de decisión a la Fiscalía Europea para limitar total o parcialmente la atención de las solicitudes de derechos planteadas por los interesados. Ahora bien, dicha restricción debe obedecer a la existencia de un interés general o un derecho de un tercero relevante que pueda prevalecer sobre los derechos e intereses del titular de los datos, debiendo por tanto anteceder a la decisión de restricción por parte de la Fiscalía Europea, una ponderación de sendos intereses en juego bajo los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las situaciones que de concurrir permiten a la Fiscalía Europea restringir o limitar los derechos ARCOPOL reconocidos al interesado en este ámbito, se encuentran en el art. 60.1 RFE para el derecho de acceso y en el art. 61.5 RFE para los restantes derechos reconocidos, siendo las causas establecidas, similares en ambos casos, a saber:

- evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales;
- evitar que se cause perjuicio a la prevención, la detección, la investigación o el ejercicio de la acción penal en relación con delitos o a la ejecución de sanciones penales;
- proteger la seguridad pública en los Estados miembros de la Unión Europea;
- proteger la seguridad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea;
- proteger los derechos y libertades de otras personas.

De este modo se prevé para el supuesto de que se pueda comprometer alguno de los derechos o intereses relacionados ante el ejercicio del derecho de

acceso, que la Fiscalía se limitará a comunicar que se han efectuado verificaciones, sin revelar si se está efectuando o no un tratamiento de los datos personales del solicitante. Y ello sin perjuicio de que se informe de la posibilidad de instar una reclamación ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos como autoridad de control competente o alternativamente interponer un recurso judicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Siendo éstos los únicos organismos a los que se comunicarán y tendrán acceso a los fundamentos de hecho y derecho en que la Fiscalía Europea base su decisión. Mientras que, en relación a los demás derechos, la denegación no será motivada de existir algún conflicto de intereses, indicándole la posibilidad de acudir a alguno de los anteriormente reseñados medios de reclamación o impugnación.

VI. COMUNICACIÓN Y TRANSFERENCIAS DE DATOS PERSONALES

El RFE prevé la posibilidad de que la Fiscalía Europea pueda intercambiar –comprendiendo tanto el envío como la recepción– datos personales operativos con Interpol, con otras autoridades competentes para la represión penal de Estados miembros de la Unión, con otros terceros Estados o incluso con organizaciones internacionales, todo ello con el objetivo de permitir un ejercicio de las funciones más eficaz y eficiente en un marco de cooperación judicial transnacional. Posibilidad que se compadece con la aplicación del vigente principio de disponibilidad y con el objetivo de libertad de circulación del flujo de datos personales en el ámbito de la Unión Europea. Ahora bien, cualquier intercambio de información en el que intervenga la Fiscalía Europea debe efectuarse con las garantías suficientes y adecuadas para la salvaguarda de la privacidad y de los demás derechos fundamentales de los interesados según dispone el Considerando 100 del RFE, siendo el máximo exponente de dicha garantía que los datos deben ser utilizados exclusivamente por otro responsable del tratamiento para finalidades análogas y compatibles para las que fueron recogidos, esto es, la investigación y represión de infracciones penales.

Y con el objeto de proteger el uso posterior, es por lo que el RFE en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2016/680/UE, impone a la Fiscalía Europea en su art. 53:

- Cuando actúe como cedente, la obligación de establecer y determinar las condiciones específicas de tratamiento que sujetarán la actuación del cesionario y que le permitirán hacer un uso lícito de los datos personales transmitidos.
- Cuando actúe de cesionario, la obligación de cumplir las condiciones específicas de tratamiento que le sean impuestas por el órgano o autoridad cedente, con especial atención a las finalidades permitidas por el tratamiento y el cumplimiento del derecho de información al interesado.

Especial atención debe prestarse también a los diferentes procedimientos establecidos por el RFE para la realización de comunicaciones de datos personales a terceros, previéndose un régimen específico más laxo, para los datos que se comuniquen a instituciones y órganos de la Unión Europea en su art. 54, mientras en el art. 80 y siguientes se prevén diferentes modalidades de transmisión aplicables cuando el destinatario de los datos sea un tercer país u organización internacional, si bien bajo unos principios comunes. Diferenciación que se debe en gran medida a la existente homogeneización de las normas de protección de los derechos y las libertades fundamentales de las personas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en los Estados comunitarios. Debiendo destacarse a este respecto, que en cualquier caso y con independencia de la modalidad de transmisión, el interesado afectado por una transmisión de sus datos personales, siempre tendrá derecho a interponer una reclamación ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos en vía administrativa o bien ante la autoridad judicial, con vías a impugnar la adecuación y licitud, bien de la propia transmisión, bien del uso que el cesionario haga de los datos.

Una mención específica requieren las consecuencias jurídicas que se derivarían de la desviación de las reglas referidas a la comunicación y transmisión de datos personales cuando el objeto constituya un elemento que se constituya en fuente o medio de prueba de cargo. Pues algunas circunstancias podrían desembocar en la vía procesal en la declaración de nulidad de éstos como medios de prueba válidos, por vulneración del núcleo esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Ello sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse en el plano estrictamente administrativo para los responsables. Estaríamos en supuestos tales como, cuando se produzca una extralimitación en los posibles usos ulteriores que puedan darse a concretos datos

personales, cuando los datos personales se utilicen para finalidades diferentes para las que fueron cedidos o cuando la transmisión internacional de datos se haya realizado sin verificación de las condiciones, garantías y limitaciones previstas en el texto del RFE –especialmente para terceros Estados y organizaciones internacionales–.

VII. CONCLUSIONES

Es posible concluir mencionando el gran avance que supone para la lucha contra la delincuencia financiera transfronteriza la creación de la Fiscalía Europea, si bien no puede obviarse, que la verificación y cumplimiento de los principios, derechos y garantías establecidos en materia de protección de datos a lo largo de todo el RFE debe ser una prioridad para la institución, puesto que el mero tratamiento de los datos personales, y especialmente las eventuales comunicaciones que se hagan de estos datos entre organizaciones, suponen una intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, que, de no realizarse con acomodo pleno al régimen jurídico establecido, podrían impedir y obstar a que la lucha contra la grave criminalidad financiera se consiga con la eficacia y eficiencia deseada y con pleno respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

EL PLAZO RAZONABLE EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS. UNA GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA¹

Víctor Moreno Catena²

*Catedrático de Derecho Procesal. Director del Instituto Alonso Martínez, de
Justicia y Litigación (Universidad Carlos III de Madrid)*

Sumario: I. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS. DE LA AGILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL Y LA REPARACIÓN. II. LA REPARACIÓN POR EL EXCESO EN EL PROCESO PENAL. INDEMNIZACIÓN Y OTRAS VÍAS. III. LA GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO LÍMITE A LAS DILACIONES EN EL PROCESO PENAL. IV. UN IMPULSO A LA CELERIDAD DE LA JUSTICIA PENAL. V. LA DURACIÓN RAZONABLE DE LA INSTRUCCIÓN PENAL. 1. La recuperación por el juez de la iniciativa para marcar los plazos de la instrucción. 2. La desaparición de los criterios objetivos para el aplazamiento. 3. La respuesta a una situación procesal insatisfactoria. VI. DE LAS MUSAS AL TEATRO. LOS PLAZOS MÁXIMOS DE INSTRUCCIÓN Y SUS CONSECUENCIAS.

“Otro sí mandamos que ningún pleyto criminal non pueda durar más de dos años: e si en este medio non pudieren saber la verdad del acusado, tenemos por bien que sea sacado de la cárcel en que está preso e dado por quito, e den pena al acusador”
(Partida VII, Título 29, ley 7)

¹ En homenaje a mi compañero el Prof. José Martín Ostos, en su nueva etapa vital como jubilado por mandato de las normas que rigen las tareas académicas, que no le hacen abdicar de sus inquietudes intelectuales. Con él he compartido muchas situaciones difíciles y muchos momentos felices en nuestra común andadura universitaria; esto sirvió para forjar una amistad y una complicidad que está al abrigo de dobleces y deslealtades.

² ORCID 0000-0001-8168-0105.

I. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS. DE LA AGILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL Y LA REPARACIÓN

Sin duda un valor jurídico muy relevante en la obtención de la respuesta judicial es lograr el pronunciamiento en un tiempo razonable, al punto que de modo explícito viene reconocido con el rango de derecho fundamental el derecho a un proceso "sin dilaciones indebidas" en el art. 24.2 de la CE.

También este derecho se reconoce en textos internacionales ratificados por España, en el art. 6 del CEDH, donde se dispone que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída en un "plazo razonable" por un tribunal que decidirá "sobre el fundamento de toda acusación penal dirigida contra ella", y también se previene en el art. 14 del PIDCP que toda persona acusada de un delito tendrá dentro de las garantías mínimas la de "ser juzgado sin dilaciones indebidas". Además, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), aprobada inicialmente en 2000, y luego en vigor desde diciembre de 2009, junto con el Tratado de Lisboa, otorga un reconocimiento y una protección en su artículo 47.II al proceso justo y sin dilaciones, en términos similares al CEDH.

La dispensación de la justicia en un plazo breve, o en todo caso razonable, que no suponga indebidas dilaciones para el justiciable, debe tener el adecuado reconocimiento y plasmación normativa, de modo que las disposiciones que regulan la actividad judicial se redacten, se interpreten y se apliquen impidiendo o poniendo freno a la duración irrazonable de los procedimientos.

Es necesario contar con normas que vayan ordenadamente pautando las actuaciones de las partes y del órgano judicial para lograr que el desarrollo de todas las actuaciones tenga lugar en los tiempos y en los plazos que se consideren más idóneos. Bien es cierto que no todos los ordenamientos establecen, como es propio de los países de tradición romano-canónica, unas normas procesales rígidas, con fases o trámites preclusivos en el curso de toda la tramitación; hay sistemas jurídicos en los que se concede al juez una gran libertad para conformar las actuaciones procesales a la medida y a las necesidades de cada caso, marcando los tiempos e incluso los trámites, bien por su propia y soberana decisión, bien tras la consulta con las partes.

La ordenación del procedimiento da como resultado un tiempo en el que deben desarrollarse las actuaciones judiciales, lo que en cada caso considera la ley como plazo razonable y adecuado para alcanzar la respuesta estatal a la demanda de justicia. A ese plazo se han de someter los justiciables para que se dispense la tutela judicial que han reclamado.

En principio, todo lo que exceda de ese tiempo debe considerarse una dilación, una demora, un retardo en la administración de justicia. Sin embargo, es evidente que no todo retraso se puede considerar indebido (piénsese en la pandemia de COVID-19 que padecemos, en un ataque informático que borre datos de los servidores de los tribunales, en un incendio que destruya los archivos de un juzgado, etc.), ni toda demora debe generar una responsabilidad del Estado (v.gr., dilaciones provocadas por actuaciones de mala fe de un litigante).

Además del tiempo legal y tasadamente establecido, el justiciable debe soportar respuestas judiciales que sean más tardías, pero que entren dentro de unos márgenes tolerables, bien porque tengan justificaciones como las apuntadas, bien porque se trate de demoras de poca entidad, que no aconsejen abrir unas vías de reparación por el causante de la tardanza. Por eso el ordenamiento se refiere siempre a dilaciones “indebidas” o incumplimientos del plazo “razonable”; es decir, se asume que ha podido haber demoras, o que se puede incumplir el plazo legal, pero con carácter general esas infracciones o están jurídicamente amparadas o no son de entidad suficiente como para que se ponga en marcha un mecanismo de reparación. Por lo tanto, para obtener su respuesta de la justicia el ciudadano deberá soportar no sólo los tiempos marcados por la ley, sino también buena parte de los retrasos; solo cuando la dilación sea intolerable debe responder el Estado por desatender de un modo injustificable la prestación del servicio público de justicia, que satisface el correlativo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a obtenerla sin dilaciones indebidas.

En la duración de un procedimiento judicial intervienen múltiples variables, aunque a los efectos de nuestro análisis podemos agruparlos esencialmente en tres: de un lado, el sistema de justicia, que debe tener la dotación suficiente de recursos, lo que implica una organización eficiente, con el número de tribunales necesarios por razón del lugar y de los asuntos que deban ventilarse, servidos por personal suficiente y con los recursos técnicos adecuados, que atiendan los asuntos de manera diligente y responsable; de otro lado, la actuación procesal

de las partes, tanto acusadoras como, especialmente, acusadas, que pueden obstaculizar el procedimiento paralizando o frenando su curso normal; en tercer lugar, la complejidad del asunto de que se trate y, en materia penal, las dificultades que entrañen los hechos delictivos.

Ante todas esas variables debe responder la administración de justicia, y para salir al paso de excesos, que implicarían una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, las normas procesales han de tomar en cuenta el tiempo que verdaderamente sea preciso en cada caso, sin que los plazos sobrepasen el tiempo que fuera razonable, porque entonces se estará vulnerando un elemento esencial del juicio justo, que es obtener la resolución sin dilaciones indebidas.

El tiempo es un factor esencial para alcanzar la justicia; si un ciudadano, cuando considera que se ha vulnerado, discutido o desconocido su derecho, no dispone de un tiempo prudencial para preparar su estrategia, su exposición ante el tribunal, sus pruebas y, en definitiva, los elementos de su defensa; si a la parte contraria se le priva del tiempo necesario para reaccionar ante el órgano judicial y poder defenderse; si el juez o el magistrado no dispone del tiempo necesario para oír a los contendientes, para recibir las pruebas y para analizar sus resultados con el fin de dictar una resolución razonada, seguramente nos encontraríamos con una justicia más rápida, pero menos justa y, desde luego, ajena a las exigencias del Estado democrático de derecho.

No cabe duda de que por muy eficiente que sea el sistema judicial, por muchos medios técnicos de que disponga, por muy diligente que sea el personal, aun contando con una actuación procesal del investigado que sea de colaboración, y sin una excesiva dificultad o complejidad en los hechos, la decisión sobre el fondo requiere de tiempo para garantizar la actuación de todos los sujetos. El problema surge cuando ese tiempo es excesivo, cuando sobrepasa todos los parámetros por muy laxos que se quieran establecer. Entonces el ordenamiento ha de reaccionar, en primer lugar, para impedir que esas dilaciones extraordinarias se perpetúen y, en segundo lugar, para rediseñar las diferentes intervenciones para poner coto a los excesos y, en tercer lugar, para rendir cuentas y dar satisfacción de algún modo a los afectados o dañados por las demoras irrazonables.

Las normas procesales, también las que establecen la secuencia del procedimiento, las que determinan los plazos y marcan el orden de proceder, son todas ellas normas de garantías, que se justifican solo en cuanto incorporan medidas hábiles y necesarias para obtener una resolución justa, respetando la igualdad de las partes en sus derechos, cargas y oportunidades procesales, y la posibilidad de contradecir y defenderse.

Si éste no fuera el caso, si la norma procesal únicamente ofreciera un simple formalismo vacío, sin servir de sustento a una real garantía, debería desaparecer del ordenamiento porque en realidad estaría entorpeciendo el normal desarrollo del proceso, creando artificiosamente una complejidad innecesaria. En consecuencia, los plazos procesales, fijando una duración razonable en la administración de justicia para obtener la decisión del litigio, son una de las garantías más importantes para el ciudadano que acude o que se enfrenta a la justicia, porque una justicia tardía no es en verdad justicia.

Pues bien, cuando no se dicta la sentencia en el tiempo razonable que marca la ley procesal se produce una disfunción del servicio público y, en términos estrictamente jurídicos, una quiebra del derecho fundamental del art. 24.2 de la CE, por lo que el ciudadano que padece el retraso tendrá derecho a recibir algún género de reparación de quien haya provocado o permitido la dilación indebida, teniendo en cuenta, además, que nuestro sistema procesal está regido por el principio de impulso de oficio en los procedimientos judiciales (art. 179.1 LEC).

Como es evidente, constatada la vulneración del derecho fundamental porque no se hubiera dictado tempestivamente la resolución, esa circunstancia no exime a los tribunales del deber de resolver, aunque sea tardíamente, como imperativo de la efectividad de la tutela que se reclama al sistema de justicia. Las autoridades judiciales tienen que cumplir con su primera responsabilidad constitucional, que es la de resolver el conflicto, sin omitir su pronunciamiento por el mero hecho de que vaya a recaer tardíamente. Por eso, la primera e ineludible forma de reparación, cuando se ha vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es sin duda la resolución total del asunto, es decir, la respuesta final a todas las cuestiones y recursos planteados, sin detrimento de una reparación de otra índole.

II. LA REPARACIÓN POR EL EXCESO EN EL PROCESO PENAL. INDEMNIZACIÓN Y OTRAS VÍAS

Además de la exigencia primera, la de dictar la resolución que proceda, cerrando las cuestiones litigiosas, las decisiones judiciales tardías podrán dar lugar también a una indemnización a cargo del Estado, cuando ha sido el mal funcionamiento del sistema judicial lo que ha provocado o ha permitido la vulneración del derecho fundamental. Con los criterios que han sentado los tribunales internacionales, hay que tener en cuenta la complejidad del procedimiento, la actividad del interesado, el comportamiento de las autoridades que intervienen, la trascendencia del asunto para el propio interesado, incluyendo además un análisis global del procedimiento.

Las dilaciones indebidas son un supuesto de funcionamiento anormal de la justicia debido a la tardanza en la respuesta judicial, que no se permite justificar por razones o problemas estructurales en un Estado. Resulta obvio, por tanto, que uno de los mecanismos a los que acudir de manera más inmediata cuando se produce una violación del plazo razonable en las actuaciones procesales es la reparación económica, la indemnización por defectos en el sistema de justicia; el Estado tiene que hacer frente a esa reparación por los defectos de los tribunales, y asumir el compromiso de hacer justicia sin demoras injustificadas.

Pero más allá de la indemnización, cuando se producen dilaciones en un procedimiento penal, donde se ponen en cuestión los derechos más preciados del ciudadano, su libertad, su honra, sus relaciones sociales y su patrimonio, nos situamos en un plano de especial gravedad cuando la respuesta judicial se dilata de modo extraordinario. Las demoras en la justicia penal suponen una prolongación de la intervención estatal en la investigación de los delitos o en el manejo de los trámites procesales, normalmente para buscar elementos probatorios (a veces, las dilaciones se deben al intento de impedir la investigación, especialmente cuando se trata de los llamados crímenes de Estado”) o para encajar en la agenda del tribunal la resolución de un recurso o el señalamiento del juicio oral.

La sustanciación de un procedimiento penal también puede acarrear una vulneración, a la postre, de derechos fundamentales, tanto del proceso sin dilaciones indebidas (del art. 24.2 CE), como del derecho a la libertad (del art. 17 CE), o del derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (del

art. 18 CE). Tanto las medidas de investigación como las medidas cautelares penales, cumpliendo desde luego los cánones constitucionales de legalidad, necesidad y proporcionalidad, pueden representar una injerencia en la esfera de estos derechos fundamentales, que el ciudadano ha de soportar en aras de una persecución penal más depurada. Sin embargo, si finalmente el sometido a medidas que le han privado de sus derechos resulta exculpado se habrá producido una agresión injusta o indebida, que se ampara en las disposiciones legales pero que se ha acordado afectando a quien finalmente no ha sido condenado, confirmando su inocencia. Si las medidas tienen como fundamento ciertos indicios para conseguir un mejor esclarecimiento de los hechos delictivos (elemento objetivo) debe también concurrir el elemento subjetivo de la culpabilidad del sujeto contra quien se acuerda o a cuya esfera va a afectar, sospecha que cuestiona el derecho a la presunción de inocencia que le asiste.

Cuando, al cabo, todas las diligencias practicadas y las medidas ordenadas, que han exigido un importante sacrificio para un ciudadano, no han logrado desvanecer la presunción de inocencia y no hay sentencia de condena, se habrá producido una agresión indebida de los derechos de quien ha debido someterse a ellas. En tales casos, el legislador debe realizar una ponderación de los diferentes elementos que concurren y las más de las veces hace prevalecer el valor de lo público frente al injusto sacrificio de los bienes individuales, aunque se trate de derechos fundamentales.

La histórica sujeción del individuo a los intereses públicos ha encontrado hace algunas décadas puntos de fuga, asumiendo el Estado responsabilidad por actuaciones indebidas (valga esto como reflexión general), aunque se realicen en el marco de finalidades públicas de primer orden, como la persecución de los delitos.

En efecto, desde el reconocimiento constitucional de la indemnización por los daños causados por error judicial o por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 121 CE), que desarrolló la LOPJ, se ha reaccionado desde la propia LOPJ para contemplar otros supuestos de daños indemnizables en el curso del proceso penal, como los derivados de la prisión provisional indebida, de modo que habrá derecho a la reparación cuando el investigado haya sufrido una medida de prisión provisional, si finalmente no resulta condenado (art. 394, con la interpretación de la STC 85/2019, de 19 de junio).

Se entra así de lleno en el reconocimiento legal de un título indemnizatorio diferente al error judicial y al funcionamiento anormal de la justicia: el Estado

debe reparar porque con la prisión provisional se ha quebrantado, además de la presunción de inocencia, el derecho a la libertad del investigado y esa medida, que es materialmente equivalente a una pena, no debió ser soportada por quien no fue condenado. Como la privación de libertad era necesaria para el proceso penal, cumpliendo todas las exigencias legales, pero se dictaba contra un sujeto amparado por la presunción de inocencia, si recayera sentencia condenatoria se abonará para la pena que se imponga el tiempo de prisión provisional.

Hasta aquí llega la responsabilidad del Estado cuando se han producido injerencias indebidas en la esfera de los derechos fundamentales de un investigado durante la sustanciación de un proceso penal, salvo los casos de error judicial o de funcionamiento anormal de la justicia.

En este concepto no tienen cabida, a mi juicio, los supuestos de medidas restrictivas de derechos fundamentales ordenadas contra un sujeto no condenado porque se habrían cumplido todos los presupuestos y requisitos legales, pero en cambio deben considerarse como funcionamiento anormal las dilaciones indebidas, especialmente cuando son de tal intensidad que no permiten justificación ni explicación alguna.

La respuesta estatal podría ser entonces de indemnización, concretando económicamente la responsabilidad de la justicia penal, por haber tenido a un investigado/encausado sometido durante un tiempo excesivo al sistema penal, con la aflicción y el estigma que esa condición procesal supone, soportando medidas cautelares y seguramente el rechazo social y una terrible exclusión económica.

Seguramente hay quien puede considerar una suerte de "beneficio" inducido el hecho de que se produzcan demoras en la tramitación del procedimiento penal, pues para el culpable será más favorable cuanto más tarde se dicte una sentencia condenatoria. Como es evidente, esta visión desconoce el derecho a la presunción de inocencia porque no fluye el "beneficio" del sistema de justicia hacia el investigado, sino que, muy al contrario, este padece indebidamente consecuencias perniciosas que derivan directamente de la apertura del procedimiento contra él, cuando en realidad es inocente y mientras no se dicte sentencia firme de condena debe ser tratado como tal.

Así pues, el retraso injustificado e injustificable de la justicia penal debe tener consecuencias para quien está padeciendo un proceso penal que se dirige contra

él, más allá de una compensación económica, casi siempre escasa y aún más tardía por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. No sin ciertas críticas por parte de jueces y fiscales, y de un sector de la doctrina, se han incorporado a nuestro ordenamiento dos mecanismos de reparación que salen al paso de la infracción del derecho al plazo razonable: de un lado, se ha introducido la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP); de otro lado, se ha establecido un plazo máximo de duración de la investigación penal (art. 324 LECRIM).

Resulta extraordinariamente relevante que el sistema de justicia penal, mediante la fijación de un plazo, asuma el compromiso de concluir la instrucción en un tiempo determinado por la ley. Esta medida excluye que puedan mantenerse abiertas interminables investigaciones penales (de varios años y, en ocasiones, de varios lustros) que inciden directamente en los derechos del investigado, pues lo mantiene en una situación de incertidumbre y de congoja cuando está amparado constitucionalmente por la presunción de inocencia; y además, al establecer un vencimiento de la actividad estatal de persecución, constriñe al director de la investigación a ceñirse a ese plazo, que deberá ser razonable en función de las dificultades propias del caso. Así pues, si el Estado no fuera capaz de solventar el asunto en ese tiempo, por no encontrar las pruebas necesarias o por cualquier otra razón, debe poner fin al procedimiento sin perjuicio de reabrirlo si más adelante aparecieran elementos probatorios y siempre que el delito no hubiera prescrito.

Este análisis no pierde fuerza cuando se hace referencia al derecho al proceso sin dilaciones indebidas desde la óptica de las víctimas, de aquellos que se han visto afectados directamente por la comisión del delito y a quienes debe atender también el proceso penal³. Las víctimas tienen derecho a una justicia rápida,

³ Aunque en el conjunto de los países de nuestro entorno las víctimas eran las grandes olvidadas en el proceso penal, en nuestro ordenamiento han merecido históricamente una atención más precisa, permitiéndoles intervenir con legitimación propia en estas actuaciones judiciales. En las últimas décadas se ha consolidado una corriente general que atiende el derecho de reparación de quienes han sufrido en primera persona las consecuencias del delito; en este marco, sin perjuicio de lo previsto en el Convenio 116, del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos, se han venido aprobando en el seno de la Unión Europea normas para la protección de las víctimas, configurando un estatuto de protección, desde la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, a la posterior Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que se ha transpuesto, en último término en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

que se satisface del mismo modo que para el imputado: resolviendo el asunto y reparando los retrasos injustificados con una adecuada indemnización.

Cuando la resolución sobre el fondo no se pueda producir, bien por desconocimiento del responsable, bien porque no se pueda identificar la persona que cometió el delito a pesar de los esfuerzos de los encargados de la investigación penal, o bien porque no se lleguen a esclarecer los hechos de forma suficiente para sustentar la acusación, el procedimiento de investigación debe cerrarse con una resolución provisional, sin perjuicio de que se pueda llegar a reabrir posteriormente si aparecen elementos suficientes para ello.

Aunque son mayoría los supuestos en que el proceso penal fracasa, y más de dos tercios de los delitos que se conocen nunca son enjuiciados, normalmente por desconocimiento de autor y no haberse podido formular imputación contra una persona⁴, lo cierto es que el procedimiento penal no puede permanecer abierto indefinidamente, a la espera de que aparezcan elementos suficientes para sustentar una acusación. Tampoco se puede considerar que ese final de las actuaciones judiciales, archivando provisionalmente lo actuado, sea un fracaso del sistema penal, por no haber podido esclarecer plenamente los hechos o porque se acuerde el sobreseimiento del inicialmente investigado, o porque el acusado de un delito resulte finalmente absuelto.

Cuando hay noticia cierta y plena constancia de la comisión de un delito, y existen víctimas conocidas de los hechos –apareció un cadáver con signos de violencia–, los ofendidos o perjudicados por el hecho punible tienen derecho a obtener una respuesta judicial en un plazo razonable y por eso se les legitima para comparecer en el procedimiento. Si en esos casos el Estado se demora más allá de lo tolerable, las víctimas tendrán derecho, en primer lugar, a recibir una resolución aunque sea de archivo, y en segundo lugar, tendrán derecho a la reparación por el daño causado por la demora en la respuesta judicial, cuando se

⁴ Es cierto que desde la modificación del art. 284 de la LECRIM por la Ley 41/2015, permitiendo a la policía judicial no remitir a los Juzgados de Instrucción los atestados cuando no hubiera autor conocido y no se trate de delitos de especial gravedad, ha hecho disminuir de manera espectacular el número de procedimientos penales incoados; de acuerdo con la estadística del CGPJ en 2016 han descendido las Diligencias Previas un 49,2%. Eso no quiere decir que de la cifra total de los delitos conocidos por la policía solamente un mínimo porcentaje resulta enjuiciado.

trate de una dilación indebida, porque las víctimas, en la medida en que han sido admitidas en el proceso al reconocérseles un interés y un derecho propios, se les debe considerar acreedoras a la "prestación" jurisdiccional con una interlocución directa con el sistema de justicia, y esa prestación no es adecuada si la tardanza en producirse escapa de los parámetros tolerables.

Es verdad que, por lo general, este tipo de indemnización a las víctimas solo se reconoce y concede en los casos de deliberadas y manifiestas denegaciones de investigación, como ha sucedido en muchas de las desapariciones forzadas o en los delitos cometidos por funcionarios públicos (bastantes de ellos ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en crímenes cometidos en diferentes países de América Latina), en donde el aparato estatal de justicia se ha inhibido de la investigación y de la persecución de los delitos, dando cobijo a la impunidad de las acciones criminales.

III. LA GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO LÍMITE A LAS DILACIONES EN EL PROCESO PENAL

Situados en la singularidad del proceso penal, son unos órganos públicos (la policía, el Ministerio Fiscal, el juez de instrucción y el tribunal sentenciador) los que someten a una persona al procedimiento represivo y obligan a poner en liza una serie de garantías, porque el hecho de dirigir la investigación contra un sujeto representa un reproche social y jurídico que exige la protección que proporciona esencialmente el derecho a la presunción de inocencia.

Pues bien, cuando se ha sobrepasado todo límite temporal razonable en la actividad procesal penal, y no se puede justificar en ninguna razón válida que se mantenga abierta una causa, la prestación del servicio público de la justicia resulta frustrada. El Estado, por haber incumplido con su deber prestacional, habrá de asumir la responsabilidad que le corresponde por los daños que su inacción o su falta de diligencia ocasiona, y ofrecer una reparación adecuada.

Sin embargo, la mera reparación económica debe considerarse insuficiente, porque los bienes jurídicos que se han afectado por el mero hecho de estar tramitándose un procedimiento penal contra una persona están al margen de una cantidad de dinero, mayor o menor, y ello con independencia de que la

decisión final del proceso llegue a ser incluso contraria al imputado y resulte condenado.

Así se debe entender la respuesta del ordenamiento jurídico español, en donde se ha introducido la atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento (art. 21.6ª CP), que puede llegar a aplicarse como muy cualificada rebajando la pena hasta en dos grados (art. 66.1.2ª CP), de modo que cede la finalidad de la eficaz y adecuada sanción de los delitos frente a la aflicción ocasionada al declarado culpable en la sentencia, pero a quien se ha sujetado al procedimiento penal durante un tiempo que ha excedido con mucho de lo razonable, y porque en ese estado se hallaba amparado por la presunción de inocencia.

Y es que, frente a lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, en el orden penal se sustancia un deber público de perseguir el delito, determinando si al Estado le asiste el *ius puniendi* frente a quien se sostiene que es el responsable de ese delito (y, a partir de cierto momento, con el apoyo de una decisión judicial), pero que debe ser tratado y considerado como inocente. Así pues, los órganos públicos deben lograr un objetivo que seguramente alguno habrá considerado como “la cuadratura del círculo”, a saber, que la persecución del delito sea eficaz (que se esclarezcan los hechos utilizando medios proporcionados y se logren los elementos de pruebas para acreditar la culpabilidad del acusado) y, al propio tiempo, que se garantice la presunción de inocencia y tratar al investigado como inocente a lo largo de todo el procedimiento. Este es uno de los pilares básicos del Estado constitucional de derecho.

La presunción de inocencia, tal como se introdujo en Francia en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, protegía la libertad individual frente al ejecutivo antes del proceso y frente al judicial durante el proceso (derecho al juicio justo). Así se reconoció por el Tribunal Constitucional español en la temprana sentencia 109/1986 (FJ 1), de la que fue ponente Díez-Picazo, donde sostiene que la presunción de inocencia:

“Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo

tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra, determinan una presunción, la denominada «presunción de inocencia», con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. De este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos”.

Así pues, hasta el momento de la sentencia firme la presunción de inocencia opera como clave de arco de todo el sistema penal, y consiste en una garantía de la libertad frente a la intromisión que representa la imputación de una actuación delictiva para una persona.

Desde la mera denuncia de un particular, o desde la imputación policial, se empieza a cuestionar la inocencia del sujeto al que se refiera; y a partir de esa previa imputación debe entrar en funcionamiento el derecho fundamental. No cabe olvidar que este derecho se aplica solamente a quien ha sido indicado o señalado como posible responsable de un delito, y no al resto de las personas (nadie piensa que hay que amparar con la presunción de inocencia al conjunto de los ciudadanos); la presunción de inocencia es una protección jurídica que se activa cuando nace la duda de la imputación, y se debe mantener hasta que se dicte, en su caso, sentencia de condena firme. La consideración del investigado como verdaderamente inocente, es decir, como cualquiera de sus conciudadanos, que son ajenos al proceso penal, se convierte en la práctica en una especie de artículo de fe en el que hay que creer, aunque las cosas apunten en una dirección contraria, porque precisamente este derecho a la presunción de inocencia se aplica a quien está tachado indiciariamente de culpable de un delito.

Pues bien, cuando se abre un procedimiento penal y se señala a una persona como investigada, se la convierte en el blanco de la investigación, con exclusión del resto; se va a indagar cómo sucedieron los hechos con apariencia delictiva y si efectivamente el señalado como responsable ha participado en ellos. Y lo cierto es que desde el momento en que se dirige la investigación penal contra

una persona determinada, bien sea por funcionarios de la Policía o del Ministerio Fiscal, bien sea por la autoridad judicial cuando ordena abrir el procedimiento, comienzan a padecer sus derechos y libertades públicas, señaladamente su derecho al honor, si no su libertad de movimientos, así como su patrimonio, por el hecho de figurar como sospechosa de haber cometido un delito.

Esta agresión no se contrarresta porque se respete nominalmente, o se aplique, la presunción de inocencia, incluso en su vertiente del derecho a no ser presentado como culpable por los poderes públicos. La afectación a las libertades es permanente, no cede en ningún momento y dura hasta que se pone fin al proceso, bien con un sobreseimiento siquiera sea provisional, bien proclamando la inocencia cierta del acusado, o declarando su culpabilidad. Por eso mismo, la presunción de inocencia no autoriza ni puede amparar una irrazonable duración de la investigación de los delitos contra un sospechoso ni del conjunto de las actuaciones penales.

En nuestra tradición inquisitiva, en donde por encima de todas las cosas se atribuye a los órganos públicos la responsabilidad de la persecución penal, el juez de instrucción era el competente para incoar el procedimiento y, a partir de ahí, una vez que se había interrumpido la prescripción del delito, podía ordenar sin ningún límite temporal establecido en la ley las diligencias de investigación que considerase oportunas con el fin de esclarecer los hechos y depurar las responsabilidades.

Se trata de un papel netamente inquisidor, para desentrañar lo sucedido, obedeciendo al interés público de realizar la acción punitiva estatal evitando la impunidad de quien hubiera delinquido, sin ninguna cortapisa. Pues bien, la finalidad de lograr la represión de los delitos, el compromiso inquisitivo, sigue estando presente en la figura del juez de instrucción, que no se modificó con los cambios de la Ley 41/2015, aun cuando se hubiera modulado en algo su poder de oficio para extender *sine die* las diligencias de investigación, una novedad que se ha revertido con la "contrarreforma" de la Ley 2/2020, de 27 de julio, como luego se explica.

Es indudable que desde el momento en que se conoce que la investigación penal (de la policía, de la Fiscalía o de un juez) se está dirigiendo contra una persona determinada, se empiezan a poner en cuestión sus libertades y, por más que se proclame que le asiste al investigado el derecho fundamental a la

presunción de inocencia, lo cierto es que en el sentir ciudadano inevitablemente se extiende la sospecha de su culpabilidad.

El mismo hecho de hacer pública la apertura de una investigación que apunta a un concreto ciudadano provoca un reproche y una aflicción que deben terminar cuanto antes, en aras de respetar su presunción de inocencia, aunque al investigado se le rodee de ciertas garantías. Así pues, como salvaguarda de este derecho fundamental, el Estado no puede mantener abierta indefinidamente una investigación contra alguien que debe ser tratado como inocente mientras que los órganos públicos están haciendo acopio de todos los elementos probatorios que encuentren para solicitar la sanción correspondiente a su conducta delictiva.

En los ordenamientos jurídicos de corte acusatorio (o adversarial) es el juez (que es, de verdad, un juez de garantías) quien establece un plazo para presentar las pruebas desde que se formaliza la imputación y le pone fecha al juicio, con lo que se apremia a la acusación para que recabe en ese tiempo razonable, que el juez garante ha debido fijar prudencialmente, todos los elementos probatorios que considere necesarios para sostener su posición acusadora en el juicio.

Sin embargo, en España nadie asume esa función de garantía de la presunción de inocencia, que no permite mantener abierta indefinidamente una investigación penal contra una persona determinada porque, de una parte, el sistema de justicia penal no puede permitir un padecimiento y una aflicción sin un límite temporal y, de otra parte, porque los efectos benéficos o favorables que provoca la presunción de inocencia son limitados frente al conjunto de la sociedad, que de manera recurrente es informada de que sigue abierta una investigación penal contra esa persona durante años.

La función de garantía no la asume el juez de instrucción, que pretende conseguir todos los elementos probatorios contra el investigado, porque contra él está dirigiendo el juez la investigación de acuerdo con su propio criterio, sin atender con frecuencia a lo dispuesto en el art. 2 de la LECRIM, que le ordena "consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo", como a todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento. Tampoco lo hace el fiscal que, también con su propio criterio, por asumir el parecer de la policía o por haberse formado su opinión partiendo de las diligencias practicadas, ocupa en definitiva una posición procesal acusadora. Y

lo mismo les ocurre a los responsables policiales, que cuando presentan un atestado para poner en marcha el procedimiento penal incorporan una imputación porque consideran que existe una persona responsable de un delito.

En conclusión, si bien los excesos en el tiempo de instrucción, cuando se sujeta injustificadamente a una persona al procedimiento penal más allá de cualquier tiempo razonable, se provoca la vulneración de su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, esos excesos se deben reparar, en primer término y sin duda, con una inmediata resolución judicial, poniendo fin de ese modo a las dilaciones producidas.

El Estado debe asumir el compromiso de hacer justicia sin demoras injustificadas y, si no fuera capaz de solventar el asunto por no encontrar las pruebas necesarias, debe poner fin al procedimiento sin perjuicio de reabrirlo si con posterioridad aparecieran y el delito no hubiera prescrito. Es cierto, como sostiene CRESPO BARQUERO, que aunque "hay que tutelar el derecho a un proceso sin dilaciones, pero ese no es el único derecho o interés digno de protección", porque "el automatismo en los plazos puede generar, al abortar una investigación que materialmente no puede hacerse más deprisa, la lesión de otras expectativas (el derecho de la víctima, el interés general inherente a la seguridad jurídica, incluso la finalidad de prevención especial y general del Derecho Penal) que no puede quedar al margen en un sistema judicial de un Estado democrático"⁵.

Sin embargo, esta respuesta estatal puede resultar insuficiente, pues el haber sobrepasado el plazo razonable, con infracción del derecho fundamental a que la actuación judicial se haga sin dilaciones indebidas, ha producido también una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del investigado, que ha estado implicado en el proceso penal durante un tiempo excesivo, y ha debido soportar esta situación más allá de lo imprescindible.

Pues bien, estas vulneraciones no se reparan dictando simplemente la resolución que procediera y que no se había dictado a su debido tiempo; será necesario que se planteen otras respuestas del Estado incumplidor, que afronten un contenido reparatorio acorde a la infracción producida.

⁵ Cf. "Los efectos del vencimiento de los plazos del artículo 324 de la Ley de enjuiciamiento criminal", en *"Los nuevos plazos de instrucción"*, 2016, pág. 20, Cursos del CEJ, que se puede consultar en <https://www.cej-mjusticia.es>

La medida a adoptar de forma inmediata, cuando la demora se produce una vez que se ha concluido la investigación y se han formulado las acusaciones, solo puede ser exigir que se dicte la sentencia, que se aceleren los trámites y que se ponga fin al procedimiento. Se debe tomar conciencia de que la indebida dilación en la fase intermedia y en el plenario vulnera la presunción de inocencia del acusado; este en realidad padece por un tiempo disparatado que se mantenga no ya su condición de inocente por no haberse dictado sentencia condenatoria, sino que en realidad se mantiene la incertidumbre pública de una acusación que se ha formulado contra él, y que pone “en solfa” su inocencia.

Cuando se pone fin al proceso con una sentencia absolutoria se proclama de manera definitiva la inocencia del acusado, y con eso pareciera que el ciudadano debe quedar satisfecho; eso no puede hacernos olvidar que con la acusación, e incluso con la imputación, se pone en cuestión la inocencia del sometido al proceso penal, por más se afirme que está amparado por la presunción de inocencia.

Pues bien, ni a través del proceso –que ha finalizado– ni mediante la aplicación de la ley penal –que ha conducido a una sentencia favorable– cabe específicamente reparación alguna, salvo que en el futuro no podrá derivar consecuencia desfavorable para el acusado por haber estado sometido al proceso penal⁶.

Más allá, quien se encuentre en esta situación, y por mucho que se le haya vulnerado injustamente su presunción de inocencia sometiéndole a un proceso penal que ha finalizado con la absolución, debe considerarse reparado y satisfecho con la sentencia favorable⁷.

⁶ Como se dice en la STEDH de 16 de febrero de 2016, caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España* (§§ 38-40) y en la STC 8/2017, de 19 de enero (FJ 7), de lo que se hace eco la STC 85/2019, de 19 de junio (FJ 10), “se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que es culpable, cuando en realidad su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente. [...] Una vez que la absolución es firme –aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda–, conforme al artículo 6.2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia”.

⁷ Siguiendo con el razonamiento de la nota anterior, sostiene la STC 85/2019 (FJ 10) que “ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable”.

Así planteada, esta solución tiene unas consecuencias a todas luces insatisfactorias, porque el resultado de todo un proceso penal que se ha dirigido contra una persona determinada, que ha sido señalada como culpable porque así lo ha dicho un juez instructor y a ese criterio se ha sumado una acusación, sea finalmente exculpatorio, aunque decaiga por fin la actividad de persecución, lo cierto es que esa actividad se ha mantenido por un tiempo (a veces, por mucho tiempo) dirigida indebidamente contra una persona.

Desde este punto de vista, y aunque se pueda compartir lo que afirma la STC 85/2019 (FJ 11), de que “tan respetuoso del art. 24.2 CE es un sistema automático de indemnización como uno que la excluya sin excepción, del mismo modo que el art. 6.2 CEDH no otorga derecho a una indemnización por prisión provisional adoptada legalmente”, lo cierto es que desde hace bastante tiempo los ciudadanos reclaman la indemnidad cada vez con mayor insistencia, de modo que todo daño injusto debe ser reparado, y es evidente que en caso de prisión provisional previa a una resolución absolutoria o exculpatoria se ha adoptado una medida materialmente indebida.

No parece justo que, al menos en los casos más flagrantes, quien ha causado un daño cierto al absuelto se pueda inhibir y, desde la otra óptica, que el acusado tenga que soportar la carga del proceso mansamente, como tributo a su condición de ciudadano. Como sucede con la prisión provisional indebida⁸, el Estado tiene que hacer frente de alguna manera a estos daños injustos que el aparato de la justicia penal, actuando dentro de la ley, ha causado a un ciudadano que es inocente y dar una respuesta que vaya más allá de la resignación⁹.

⁸ En la misma STC 85/2019 (FJ 10) se sigue diciendo que “Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia (*Capeau c. Bélgica*, núm. 42914/98, § 25, CEDH 2005-I)”.

⁹ Es verdad que la STC 85/2019 desvincula el derecho a la indemnización por prisión provisional indebida de la presunción de inocencia, cuando sostiene en el FJ 11 que “la disyuntiva de indemnizar o no a quien padeció prisión preventiva pero no resultó después condenado es, en términos absolutos y abstractos, ajena a esta dimensión del derecho a la presunción de inocencia”. No puede compartirse por entero la consideración de la jurisprudencia constitucional, que toma en cuenta exclusivamente la perspectiva de la diferencia de trato cuando la solución del proceso no fuera condenatoria, porque quiérase o no, la confirmación de la presunción de inocencia y la indebida privación de la libertad de un inocente debe ser un relevante factor de ponderación en esta materia, que clamaría por una respuesta estatal frente al daño injusto, si es que no hubiera previsión normativa.

Pero si además el proceso penal, que ha terminado con la absolución del acusado, ha tenido una duración extraordinaria e injustificable, se habrá afectado evidentemente su derecho a recibir la respuesta judicial en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas.

La presunción de inocencia queda destruida cuando el proceso finaliza con una sentencia condenatoria de la persona cuya inocencia fue *de facto* cuestionada, y la justicia penal puede considerar que los sacrificios a los que le ha sometido han tenido no solo justificación jurídica sino también refrendo por el resultado final de la causa.

En estos casos, cuando durante la tramitación del procedimiento penal se hubieran afectado derechos fundamentales de quien era y debía ser tratado como inocente, habría que plantearse alguna forma de respuesta estatal frente a tales intromisiones. Porque si de verdad se cree en la presunción de inocencia se debe partir de la idea de que cualquier injerencia en los derechos fundamentales se produce respecto de quien es inocente, de manera que las privaciones que debe soportar se han de ponderar a la luz de los principios de necesidad y de proporcionalidad.

Lo cierto es que la sentencia condenatoria no borra las injerencias producidas, ni subsana el hecho de que el ahora culpable era presumido inocente en el momento en que esas medidas se adoptaron; pero tampoco se puede exigir que el Estado venga obligado a reparar económicamente cualquier afectación de derechos fundamentales. Parece más adecuado que se pondere en cada caso el derecho fundamental afectado, la relevancia de la intromisión y el grado de afectación para pronunciarse sobre la reparación más oportuna.

Sobre esta cuestión nuestro ordenamiento prevé soluciones legales al menos en dos casos: la prisión provisional, o las medidas restrictivas o limitativas de la libertad, porque se afecta a un derecho fundamental preeminente, y las dilaciones procesales indebidas.

En el primer caso, cuando el resultado del proceso no es de condena, surge el derecho a la indemnización al amparo de lo dispuesto en el art. 294 de la LOPJ. Si la sentencia es condenatoria, el tiempo que hubiera padecido en prisión provisional se abonará para la pena de prisión que se impusiera (art. 58.1 del CP) y era una medida que aparecía ya en el CP de 1822.

Para este abono, al amparo del art. 59 del CP, la jurisprudencia ha asimilado a la prisión provisional la medida cautelar de libertad provisional con presentación periódica del art. 530 LECRIM, y así el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 19 de diciembre de 2013, interpretando los arts. 58 y 59 del CP respecto de la “abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente anudada a la libertad provisional”, considera que *“La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afluencia que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”*. La primera sentencia que aplicó este Acuerdo fue la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, sostiene que la compensación o el abono de la pena de prisión con los días en que el penado hubo de comparecer ante el Juzgado de Instrucción es una regla correcta y la calificó como “ejemplar”, desestimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que impugnaba este criterio de compensación¹⁰.

También en caso de dilaciones indebidas, si la sentencia fuera condenatoria, siguiendo una línea jurisprudencial, se ha establecido una específica circunstancia atenuante, la de dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP), que atiende a una necesidad de respuesta del Estado por haber sobrepasado los límites razonables sujetando al procedimiento a una persona que se proclama inocente, y no es suficiente con la institución del abono y descontar de la pena que se impusiera el tiempo que haya permanecido en prisión provisional, sino que además se actúa con esta atenuante en un momento anterior, que afecta a la fijación de la duración de la pena.

Así pues, la reparación por la vulneración de la presunción de inocencia por y durante la pendencia de un proceso que ha superado los límites temporales admisibles no debe quedar solo en computar el tiempo pasado en prisión preventiva como tiempo de pena cumplido, sino que para determinar la extensión de la pena se tiene en cuenta si se hubieran producido dilaciones indebidas, que puede suponer hasta una rebaja de la pena en dos grados si se considera como atenuante muy cualificada.

¹⁰ Sobre los problemas de aplicación del “abono” desde la óptica de la intervención del Tribunal Constitucional cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, “Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: crónica del espejismo de un conflicto que era un problema de *calidad de la ley*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 95 (2012), págs. 347 y ss.

Estas consideraciones no pierden fuerza cuando se analiza el derecho al proceso sin dilaciones indebidas desde la óptica de las víctimas, de aquellos que se han visto afectados directamente por la comisión del delito y a quienes debe atender también el proceso penal¹¹. Las víctimas tienen derecho a una justicia rápida, que se satisface del mismo modo que para el imputado: resolviendo el asunto y reparando los retrasos injustificados con una adecuada indemnización. Cuando la resolución sobre el fondo no pueda producirse por desconocimiento del responsable, porque no se pueda identificar la persona que cometió el delito a pesar de los esfuerzos de los encargados de la investigación penal, el proceso debe cerrarse, sin perjuicio de que se llegue a reabrir posteriormente si aparecen elementos suficientes para ello, siempre que el delito no hubiera prescrito.

Aunque son mayoría los supuestos en que el proceso penal fracasa, de modo que más de dos tercios de los delitos que se conocen nunca son enjuiciados, casi siempre por desconocimiento de autor, por no haberse podido formular imputación contra una persona¹², lo cierto es que el procedimiento penal no puede permanecer abierto indefinidamente, a la espera de que aparezcan elementos suficientes para sustentar una acusación, ni la víctima puede pretender tal cosa. Este cierre de las actuaciones judiciales no se puede considerar como un fracaso del sistema penal, por no haber podido esclarecer plenamente los hechos, o porque el acusado de un delito resulte finalmente absuelto.

¹¹ Aunque en el conjunto de los países de nuestro entorno las víctimas fueron las grandes olvidadas en el proceso penal, en el ordenamiento español han merecido históricamente una atención más precisa, permitiéndoles intervenir con legitimación propia en las actuaciones judiciales. En las últimas décadas se ha consolidado una corriente general que atiende el derecho de reparación de quienes han sufrido en primera persona las consecuencias del delito; en este marco, sin perjuicio de lo previsto en el Convenio 116, del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos, se han venido aprobando en el seno de la Unión Europea normas para la protección de las víctimas, configurando un estatuto de protección, desde la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que se ha transpuesto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹² Es cierto que desde la modificación del art. 284 de la LECRIM por la Ley 41/2015, permitiendo a la policía judicial no remitir a los Juzgados de Instrucción los atestados cuando no hubiera autor conocido y no se trate de delitos de especial gravedad ha hecho disminuir de manera espectacular el número de procedimientos penales incoados; de acuerdo con la estadística del CGPJ en 2016 han descendido las Diligencias Previas un 49,2%.

Habiendo constancia de un delito, y existiendo víctimas por los hechos que se investigan, éstas merecen una reparación por el daño causado, que en determinados casos graves puede correr a cargo del Estado, y así se reconoce en nuestro ordenamiento desde la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, si los responsables no hacen frente a la reparación, o bien en los casos de terrorismo, de modo independiente.

Sin embargo, la respuesta tardía, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no genera para las víctimas un derecho a percibir una reparación a cargo del Estado, por más que el lento funcionamiento del sistema de justicia sea el que haya provocado el retraso irrazonable. Seguramente la inexistencia de un derecho subjetivo de la acusación a conseguir la condena, porque el *ius puniendi* es del Estado, es lo que no autoriza una reclamación contra éste por las dilaciones indebidas, sobre todo si se tiene en cuenta que no se puede exigir que terminen sancionándose efectivamente todos los delitos.

En el derecho comparado solamente se llega a reconocer una indemnización a las víctimas en los casos de deliberadas y manifiestas denegaciones de investigación por parte de los órganos públicos responsables, como la policía, las Fuerzas Armadas o la Fiscalía, como estrategia para la impunidad de crímenes cometidos por los aparatos estatales, en casos de graves violaciones de derechos humanos; así sucede en América Latina con las desapariciones forzadas o los delitos cometidos por funcionarios o agentes públicos (sobre bastantes de ellos ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenando a los Estados a indemnizar a las víctimas por dilaciones indebidas)¹³.

IV. UN IMPULSO A LA CELERIDAD DE LA JUSTICIA PENAL

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, que se rubrica como “de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal y el

¹³ Cfr. RESTREPO SAAVEDRA, *Plazo razonable en investigaciones de violaciones de derechos humanos*, tesis doctoral, Madrid, 2017, donde extracta el contenido y los hechos de 53 sentencias de la CIDH sobre violaciones del plazo razonable en casos de violaciones de derechos humanos.

fortalecimiento de las garantías procesales”, introdujo modificaciones importantes en el vetusto enjuiciamiento criminal español.

Aunque la lentitud de la justicia ha sido desde siempre una preocupación confesada de los responsables políticos, no se ha acertado con los mecanismos para hacer que se dispense en un plazo razonable. El argumento de que resulta preferible una resolución tardía a carecer de toda decisión judicial es sin duda poderoso; no se puede privar al justiciable de la resolución que pide a un tribunal ni por la vía de la negativa del juez a fallar por silencio u oscuridad de la ley (*non liquet*), ni por la vía de declarar la nulidad de lo actuado por sobrepasar los tiempos razonables de la actividad judicial; en cualquiera de esos casos sería peor “el remedio que la enfermedad” y se estaría atentando frontalmente contra el derecho a la tutela judicial efectiva, privando al ciudadano de la respuesta judicial, o demorando todavía por más tiempo la solución de su conflicto.

Esta perspectiva de aproximación al problema de la duración de la justicia es válida para todos los órdenes jurisdiccionales, pero debe sin duda modularse cuando nos encontramos en el curso de un proceso penal, porque los contendientes son bien distintos a los que litigan en el orden civil, administrativo o social, en la medida en que en la posición pasiva del proceso figura el investigado-encausado-acusado frente al *ius puniendi* estatal, y por esta razón se le rodea del estatus y de las garantías de la presunción de inocencia, como se ha señalado.

Pues bien, dentro de las medidas que permiten evitar dilaciones innecesarias en el proceso penal se plantea en esta reforma procesal de 2015 la fijación de plazos máximos para la instrucción, a cuyo fin se da nueva redacción al art. 324, según dice la E. de M. de esta ley 41/2015, sustituyendo “el exiguo e inoperante plazo de un mes” que se había establecido en la primitiva redacción de la ley procesal.

La verdad es que el modelo de proceso penal diseñado por la LECRIM de 1882 nunca fue respetado por la práctica judicial española, al menos en lo que se refiere a la finalidad y al control de la fase de instrucción, no solo por desatender la norma relativa a su duración sino también en lo referido a la vigilancia de la actividad del instructor.

La E. de M. de la LECRIM, suscrita por ALONSO MARTÍNEZ, ponderaba que, para impedir la “marcha perezosa y lenta” del procedimiento, se introducía la medida

de “la inspección, continua y sistemáticamente organizada en la Ley, de la Audiencia de lo criminal y del Ministerio público sobre la marcha de los procesos en el período de la instrucción”. Pues bien, esa inspección no se llegó a producir ni por los Presidentes de las Audiencias Provinciales (antiguas Audiencias de lo criminal), a quienes el instructor había de elevar un parte de la formación del sumario, en relación sucinta, suficientemente expresiva del hecho, de sus circunstancias y de su autor (art. 308), así como remitirle además un parte semanal cuando el sumario se prolongaba más de un mes (art. 324), ni tampoco ha surtido efecto la función del Fiscal de inspeccionar el curso del procedimiento (art. 306).

Con todo, el pretendido impulso a la justicia penal se plantea en la reforma a base de medidas como la atribución de un papel más activo del Ministerio Fiscal a lo largo de todo el procedimiento, si bien, según el texto legal, estas medidas no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal (Disp. Ad. Única). Así las cosas, las pretensiones del legislador no se corresponden con las posibilidades reales de desempeñar las tareas por parte del Ministerio Fiscal, que siendo el “pariente pobre” de la justicia penal debe controlar de un modo más exigente la marcha de la instrucción.

Tan es así que, hasta tanto se apruebe una reforma total del enjuiciamiento penal, dados los problemas que se han planteado en la práctica con la aprobación de la Ley 41/2015, en el Congreso de los Diputados se ha registrado al principio de esta legislatura, el 4 de febrero de 2020, una proposición de ley del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común con el núm. 122/000024, de “derogación del plazo máximo previsto para la instrucción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”; esta proposición se reducía a la pura y simple derogación del art. 324 de la LECRIM conforme había sido redactado por la Ley de 2015, denunciando que se legisló de espaldas a la realidad y haciéndose eco del comunicado de las asociaciones judiciales que calificaron la reforma como auténtica “ley de punto final”.

Aun sin perder su valor intrínseco las reflexiones que siguen, la perspectiva que se planteaba a la vista de los derroteros parlamentarios era poco halagüeña, porque una vez hubiera desaparecido la referencia legal a los plazos de la instrucción, nos situábamos ante la gráfica y famosa frase de von KIRCHMANN de que “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten

en basura¹⁴ y sin duda habría que fiar todo el empeño académico en un nuevo texto de ley procesal penal para amparar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y respetar el plazo razonable de la respuesta judicial.

Sin embargo no ha sido así, y en la tramitación parlamentaria esa proposición de ley ha sido aprobada en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados con competencia legislativa plena el 25 de junio de 2020, incorporando una enmienda transaccional aceptada en Ponencia que modificaba hasta el título de la proposición de ley que pasa a denominarse “Ley por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, y que en realidad supone una ampliación del plazo inicial fijado para la instrucción penal en 2015, como luego analizaremos. Aprobada en el Senado sin modificaciones el 14 de julio, se ha publicado en el BOE del 28, con el número de Ley 2/2020, con la denominación referida.

V. LA DURACIÓN RAZONABLE DE LA INSTRUCCIÓN PENAL

Hasta la reforma de la Ley 41/2015 el único responsable de la instrucción, el “dueño absoluto” de las diligencias de investigación penal que habían de practicarse y de los tiempos del procedimiento, era el soberano juez de instrucción (el hombre más poderoso de Francia en palabras de Napoleón, que creó la figura), quien hasta 1995 podía –e incluso debía– ordenar de oficio medidas cautelares personales, también la prisión provisional, sin que nadie se lo pidiera y respondiendo solamente a la revisión posterior en vía de apelación por la Audiencia Provincial.

El juez de instrucción, que es un servidor público independiente, conforme lo establece su estatuto constitucional, tampoco puede en esa condición recibir órdenes o indicaciones de nadie cuando investiga los delitos, acordando las diligencias que conforman el sumario (o las Diligencias Previas) en los procedimientos penales y estableciendo libérrimamente el contenido y los tiempos de la investigación.

¹⁴ Julius von KIRCHMAN, en su discurso de 1847 en la Sociedad Jurídica de Berlín “La jurisprudencia no es ciencia” (*Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*).

Esa circunstancia convierte a cada Juzgado de Instrucción en una suerte de reino de taifa, que se guía por los designios, acertados o erróneos, de su titular; con el problema añadido de que sus decisiones no se pueden corregir de modo inmediato, porque cuando el recurso de apelación sobre la legalidad o la oportunidad de alguna medida o diligencia lo resuelve la Audiencia, con mucha probabilidad se habrá dañado irremisiblemente el derecho del ciudadano.

La libertad de criterio que asume cada juez, dentro de la ley, se traduce en una total autonomía de cada uno de los titulares de los Juzgados de Instrucción respecto de lo que hace el resto de los ocupan los mismos órganos judiciales, que no resulta modulada ni coordinada por nadie; ni siquiera el papel "inspector" del fiscal, que la LECRIM le atribuye (art. 106), y que podría servir de algún modo para ofrecer una respuesta similar en las diferentes instrucciones que se sustancian, parece una vía hábil para satisfacer el derecho a la igualdad, que en esta materia supondría que la intervención judicial se rigiera por patrones semejantes.

Sin embargo, puede más la afirmación de la independencia judicial, y por ello asistimos a instrucciones totalmente dispares para hechos iguales o muy similares, a medidas diversas en situaciones idénticas, o a vuelcos espectaculares de la instrucción cuando hay un cambio de juez, sin ninguna explicación válida que ampare las decisiones que se han adoptado.

Por lo tanto, solo recurriendo a la intervención del legislador, que fije con claridad el marco normativo en el que ha de desenvolverse la actuación judicial en la instrucción de los delitos, podría poner fin a esta inexplicable y un tanto caótica situación de desigualdad en la aplicación de la ley procesal.

Según como se mire, la reforma del art. 324 de la LECRIM marca sin duda una inflexión muy importante en la tramitación de los procedimientos penales, a la espera de la anunciada nueva Ley procesal penal que modifique el modelo de enjuiciamiento, sobre todo en la investigación de los delitos, o es una reforma más de las que engrosan las modificaciones que en estos casi 130 años han cambiado de manera sobresaliente nuestra vieja ley procesal; y después de la contrarreforma de la Ley 2/2020 el art. 324 está llamado a dejar todas las cosas en el mismo sitio en que se encontraban.

Hasta la Ley 41/2015 el art. 324 de la LECRIM era un precepto inaplicable e inaplicable; disponía que la instrucción no duraría más de un mes, que desde el siglo XIX resultaba poco más que un desiderátum inalcanzable y nunca llegó a regir. Este incumplimiento vació la instrucción de toda idea de plazos, o de límites temporales a las decisiones soberanas del instructor. Por eso, es verdad que la reforma de 2015 incorporaba novedades que permitían entrever algunas reformas en la estructura del proceso penal, y en la delimitación de las responsabilidades en la instrucción, porque entre otras cosas se sustraía de las manos del juez de instrucción, y se fiaba a la iniciativa de las partes, la duración de las diligencias.

De una lectura inicial del precepto de 2015 destaca que se fija un plazo máximo de seis meses para la instrucción “desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas” (art. 324.1). Esa era la regla general, que trasladaba a la ley un tiempo máximo para la instrucción, que el legislador consideraba “realista”, en términos de la E. de M.

Pues bien, la reforma de este precepto por la Ley 2/2020 no ha supuesto una radical modificación en cuanto al reconocimiento legal de la trascendencia de la duración del procedimiento penal para el investigado, y en el Preámbulo de esta reciente ley se dice que “el proceso penal es en sí mismo una pena que comporta aflicción y costes para el imputado” y que por la misma razón que en otros ámbitos (por ejemplo, en materia tributaria o sancionatoria) “se establecen límites a la duración de las actividades inspectoras o instructoras, debe articularse un sistema que cohoneste la eficacia del proceso penal con los derechos fundamentales de presunción de inocencia, derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías que se sustancie en un plazo razonable”.

La Ley fija un plazo máximo, ahora de doce meses, para la investigación judicial, a contar “desde la incoación de la causa” (art. 324.1). Pareciera que se trata pura y simplemente de ampliar el plazo de la instrucción, hasta duplicarlo.

Sin embargo, ha sucedido algo bien distinto. La reforma cambia dos elementos esenciales de la dinámica procesal aprobada en 2015: de un lado, vuelve a atribuir al instructor la iniciativa para ordenar aplazamientos o prórrogas (por más que, naturalmente, las partes también lo pueden pedir); de otro lado, renuncia a asumir criterios objetivos basados en la dificultad de la propia investigación para sustentar la ampliación de los plazos de la investigación.

1. La recuperación por el juez de la iniciativa para marcar los plazos de la instrucción

Hasta la Ley 2/2020, el art. 324.1.II disponía que la prolongación del plazo general de los seis meses solamente podría acordarse por el instructor a instancia del Ministerio Fiscal declarando la causa compleja por causas sobrevenidas a la investigación, o cuando concurrieran circunstancias sobrevenidas que permitieran la declaración de causa compleja, o bien si, antes de transcurrir los plazos previstos, a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes, se fija un nuevo plazo por razones que lo justifiquen (art. 324.4).

Esto suponía un cambio relevante en el reparto de las responsabilidades durante la instrucción porque introducía un recorte en los poderes absolutos del instructor y aunque era el que en definitiva debía decidir la duración de la instrucción, no podía ordenar de oficio que ésta llegara a sobrepasar los seis meses, sino que precisaba de la solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes para prolongar legalmente el referido plazo.

Tal diseño tenía un valor importante en el papel del Ministerio Fiscal y del juez durante la instrucción, pues la responsabilidad del éxito de la investigación de los delitos, y que lo averiguado resultara suficiente para celebrar el juicio oral, pasaba en alguna medida a ser compartida entre el juez y el fiscal; en efecto, el compromiso para que las diligencias de investigación se practicaran en el tiempo legalmente establecido no residiría exclusivamente en el instructor, sino que se situaba en el campo de la responsabilidad del Ministerio Público, o de cualquiera de las otras partes acusadoras o investigadas, que tendrían que instar una ampliación o prórroga del plazo inicialmente previsto, o del que hubiera sido fijado con posterioridad, si lo considerasen necesario.

Así pues, el juez de instrucción tenía como uno de sus principales deberes el velar por el cumplimiento de las previsiones de legales en materia de plazos, que es un compromiso con atajar interminables instrucciones, y en definitiva con que la justicia se imparta en un plazo razonable, evitando dilaciones indebidas. Se trata de una función de salvaguarda de los derechos de los ciudadanos que, junto con las propias de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se impone específicamente a los jueces en el art. 117.4 de la CE.

Por lo tanto, y sin perjuicio de que el juez de instrucción mantuviera la iniciativa de la investigación, y hubiera de ordenar las diligencias que considerase pertinentes, quedaba fuera de su ámbito de atribuciones la determinación del tiempo en que esas diligencias se pudieran acordar, más allá de los iniciales seis meses, pues vencido el plazo que la ley autoriza como plazo máximo general, el juez no podía extender su potestad más allá de este plazo si alguien no se lo pedía.

Las partes, y especialmente el Ministerio Fiscal como órgano público que debe promover la acción de la justicia (art. 124 de la CE), eran quienes asumían la responsabilidad de que la instrucción cumpliera con las finalidades legales y sustentar sus posiciones acusatorias o defensivas durante la fase intermedia y, en su caso, en el juicio oral. Por eso, establecía la ley que competía a las partes, y no al instructor, cuidar de que todas las diligencias de investigación que considerasen necesarias se ordenasen en el plazo establecido y, si entendieran que el plazo era insuficiente, solicitaran su ampliación por alguno de los cauces que preveía el art. 324. Puede decirse que la ley implicaba directamente a las partes (públicas y privadas) en el interés y en el compromiso de que se acordaran tempestivamente todas las diligencias, lo que suponía un cierto desplazamiento hacia ellas desde la absoluta soberanía y decisionismo tradicional que la ley procesal encomendaba al juez de instrucción.

Así las cosas, incumpliría el instructor con sus funciones si instara u ofreciera a las partes que le pidieran la ampliación de los plazos legales o la fijación de otros más amplios y estaría sobrepasando su papel. Por consiguiente, a esa figura proteica que es el juez de instrucción se le añadió en 2015 un nuevo reto: seguía siendo el director de la investigación, pero los tiempos de su labor inquisidora se lo debían marcar otros, que son al fin y al cabo los que se habían de servir del resultado de su actividad.

Solamente podrían surgir dudas respecto de esta afirmación cuando *ab initio* se dieran algunas de las circunstancias previstas en el art. 324.2, en cuyo caso se autorizaba que el juez de instrucción declarase la causa compleja y dispusiese de oficio la complejidad de la causa extendiendo el plazo de instrucción hasta los dieciocho meses.

Fuera de la inicial fijación general por la ley de los plazos máximos para la instrucción (ordinaria o compleja), tanto la declaración judicial de causa compleja

de forma sobrevenida, como la apertura de otros plazos (que podrían ser más amplios) o la determinación de las prórrogas, debía hacerlo el instructor siempre a instancia de las partes, sean acusadoras o acusadas, sin que se le autorice iniciativa alguna para excitar o invitar a las partes a la presentación de tal solicitud. De este modo se desvinculaba al juez en cierta medida del resultado exitoso o no de la finalidad seguramente más importante de la instrucción, esto es, el esclarecimiento de los hechos (lo más afinado posible), porque si esa investigación no se hubiera podido concluir en los tiempos establecidos, el juez venía obligado en todo caso a dictar la resolución que proceda, como de un modo bastante confuso se prevenía en los apartados 6 y 8 del art. 324, ahora desaparecidos.

La resolución judicial no podía ser otra que poner fin a la actividad de instrucción pues, transcurridos los plazos previstos, la ley le vedaba al juez la facultad de seguir ordenando diligencias; su tiempo había terminado.

Las aguas han vuelto al cauce anterior a 2015, y con la reforma de la Ley 2/2020 el juez de instrucción ha recuperado toda la capacidad de iniciativa y decisión, de modo que ahora podrá determinar, por sí y ante sí, cuál vaya a ser la duración de la instrucción. El art. 324.1 le atribuye la facultad de ordenar de oficio prórrogas sucesivas por seis meses (o por un tiempo menor) pero sin límite legal alguno, y solo por razón de que "no será posible finalizar la investigación" en los doce meses inicialmente concedidos.

2. La desaparición de los criterios objetivos para el aplazamiento

Frente a los criterios legales que tenían en cuenta "dos categorías" de procedimientos, las causas "complejas" y las demás, las ordinarias, la ley abandona ahora los criterios objetivos, que hacían referencia a la dificultad de la investigación por la propia naturaleza o la dinámica del delito, o por la naturaleza y dificultad de las diligencias que debían practicarse, lo que llevaba a una declaración judicial formal de complejidad que abría un mayor plazo para la instrucción y permitía su prórroga.

Es verdad que la regulación de 2015 resultaba en buena medida complicada, e introducía bastantes reglas y excepciones sin mucha justificación, estableciendo unas minuciosas y prolijas normas relativas a la duración de las investigaciones penales. Se recogían en la ley criterios objetivos abiertos para entender que una investigación debía considerarse compleja pues, junto con los supuestos de

numerosos hechos punibles o gran cantidad de investigados, incorporaba el art. 324.2 en su anterior redacción, la necesidad de practicar pericias o informes para los que se hubiera de examinar abundante documentación o la investigación de grupos u organizaciones criminales y, junto a ello, sin más precisión, la revisión de la gestión de personas jurídicas, la que precise realizar actuaciones en el extranjero o los delitos de terrorismo, o los casos de pluralidad de víctimas.

Sin una justificación añadida, estos supuestos por sí mismos no pueden calificar la investigación como de gran complejidad, de modo que sería necesario caso a caso razonar la dificultad de la fase instructora de un procedimiento penal que amparase un plazo más prolongado que el ordinario.

Los plazos de instrucción, ni ahora, ni antes, se han definido como plazos infranqueables, sino que la ley tiene en cuenta las circunstancias de cada caso, y se autorizan prórrogas debido a las circunstancias concretas. Ahora bien, del mismo modo que en la reforma de 2015 los plazos de instrucción (se tratara del inicial de seis meses establecido con carácter ordinario, o del previsto para las causas complejas, de dieciocho meses) admitían prórrogas, también ahora la ley abre la posibilidad de ampliar o prorrogar el plazo inicial de doce meses que establece.

Sin embargo, los supuestos resultan bien diferentes, porque la Ley 2/2020 no vincula las prórrogas a la dificultad de la investigación, a la anterior invocación a la complejidad, sino que permite la ampliación de los plazos bajo cualquier circunstancia, de modo que simplemente si “se constatare que no será posible finalizar la investigación” en el plazo legal se podrán acordar prórrogas sucesivas (art. 324.1.II).

El carácter enteramente abierto de las justificaciones para la prórroga que ha introducido el giro legal vigente (basado en “que no será posible finalizar la investigación”) no autoriza, sin embargo, a utilizar razones que estén alejadas de las propias dificultades de la investigación; es decir, que por el número de investigados, por la dificultad intrínseca de desentrañar un complejo entramado delictivo, o por las diligencias que deban practicarse para esclarecer los hechos (comisiones rogatorias cuya tramitación se demorase en el Estado requerido), objetivamente resulte necesaria una duración extraordinaria de las actuaciones de instrucción.

Por lo tanto, parece evidente que para esa prórroga no se pueden aducir razones estructurales o coyunturales del sistema judicial nacional, basadas en

la mera carga de trabajo del tribunal o en la falta de personal o de medios. Una decisión que tuviera como fundamento cualquiera de esas justificaciones estaría sin duda quebrantando los derechos fundamentales de la presunción de inocencia, del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, como se reconoce en el preámbulo de esta Ley 2/2020.

La finalidad de impedir la impunidad de la persecución de los delitos, que según se reconoce en ese Preámbulo se habría producido por establecer sin más un límite a la duración de la instrucción en 2015, no puede amparar, con esta contrarreforma de 2020, una vulneración del derecho a obtener una respuesta judicial en un tiempo razonable, que está expresamente reconocido tanto en el art. 6.1 del CEDH como en el art. 47 de la CDFUE. Esta finalidad de evitar la impunidad no estaba ausente en el sentir de la ley 41/2015, que redactaba el último apartado del art. 324 disponiendo que “en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641”, norma que poco añade, y que lleva a decir a GONZÁLEZ CUÉLLAR que expresa el “el miedo a que la dilación en la Administración de Justicia provoque impunidad”¹⁵.

La jurisprudencia del TEDH impide a los Estados parapetarse en razones del funcionamiento de su administración de justicia, ni invocar la independencia de los tribunales, cuando se vulnera el derecho al plazo razonable porque el Estado deberá ordenar su sistema judicial proporcionándole los medios adecuados y necesarios, y es un deber estatal que la justicia funcione adecuadamente y que garantice los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El TEDH ha consolidado una doctrina que maneja tres criterios objetivos para valorar si se ha vulnerado el derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable: la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y la conducta de las autoridades competentes y, ocasionalmente, los intereses que el demandante arriesga en el litigio¹⁶.

¹⁵ En MARCHENA y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, 2015, pág. 65.

¹⁶ Cfr. DELGADO DEL RINCÓN, “El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 42 (2018), págs. 572 y ss.

Es claro para la jurisprudencia del TEDH (y también para las resoluciones del TJUE) que es responsabilidad e incumbe a los Estados “organizar el sistema judicial de tal manera que los órganos judiciales puedan garantizar a todas las personas el derecho a obtener una resolución definitiva sobre sus derechos y obligaciones civiles dentro de un plazo razonable”¹⁷. Por eso obviamente no se pueden tolerar los retrasos debidos bien a comportamientos personales de los jueces, bien a una deficiente organización o a falta de medios, sin que sean asumibles las justificaciones derivadas de una sobrecarga de trabajo de los tribunales, salvo que se trate de una situación coyuntural o temporal¹⁸. Es decir, que si las medidas adoptadas no fueran suficientes para solucionar el problema de la sobrecarga de trabajo que afectara a todos o a algunos tribunales, y las situaciones de atasco temporal se convirtieran en habituales, el TEDH considera que esa situación no justifica en modo alguno una excesiva duración de los procedimientos.

3. La respuesta a una situación procesal insatisfactoria

La Ley 2/2020 sale al paso de una bienintencionada reforma procesal que pretendía satisfacer el derecho al plazo razonable en la investigación penal, pero lo hizo estableciendo sin otras modificaciones estructurales imprescindibles un límite máximo a la duración de la instrucción, que realmente no ha dado los frutos pretendidos. Es cierto que, como bien decía CRESPO BARQUERO, en la reforma de 2015 “se aplaza otra vez la cirugía que verdaderamente requiere el problema, que no es el de cuánto dura la instrucción, sino el de por qué dura tanto”, y no se renuncia “al viejo esquema inquisitivo, que consiste en asegurar la condena antes de llegar a un juicio que queda reducido a mera instancia revisora de la instrucción”¹⁹.

¹⁷ Cfr., por ejemplo, en la STEDH de 27 de julio de 2004 (§28), caso Quiles González c. España.

¹⁸ DELGADO DEL RINCÓN, pág. 574. El TEDH ha condenado en bastantes ocasiones a España, en las diferentes jurisdicciones, por vulneración del derecho a una resolución en un plazo razonable.

¹⁹ Cfr. “Los efectos del vencimiento de los plazos del artículo 324...”, cit., pág. 9.

Como se ha señalado, el art. 324 de la LECRIM “tiene muchas lagunas y deficiencias que han generado prácticas jurisprudenciales de signo diverso. Sin duda debería mejorarse”²⁰.

Es preciso reconocer que la introducción de un rígido plazo para la instrucción y la exigencia de su estricto cumplimiento, junto con el añadido de modificar las responsabilidades para promover las ampliaciones del tiempo que puede emplearse en la investigación de los delitos, hicieron fracasar la reforma. Como se decía en la E. de M. de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, de enero de 2020, nos encontramos con un caso en que el legislador dice perseguir un objetivo, pero materialmente el efecto que se consigue es otro.

El principal problema residía en la modificación del papel del instructor, al que se le privaba en la reforma de 2015, *ceteris paribus*, de la capacidad de iniciativa para ordenar el aplazamiento o las prórrogas de los plazos de la investigación y se residenciaba en las partes, esencialmente en la acusación pública, la responsabilidad para solicitar esas ampliaciones. No obstante, el fiscal no era el “dueño” del expediente, de la instrucción, que seguía enteramente en manos del juez, por más que naturalmente se le permitiera acercarse a él y acceder a su contenido, pero en un territorio que le era ajeno. Esta disociación, que no se logró tener presente en la Ley 41/2015, hizo fracasar la reforma porque no ha facilitado el reparto de papeles procesales, que sin embargo se había logrado en 1995 cuando para ordenar el juez la prisión provisional se exigió la previa solicitud de una parte acusadora.

Con todo, los problemas de aplicación o de deficiente técnica no nos deben hacer renunciar a la protección de los derechos y, en este caso, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, cuya infracción perjudica en primer término al investigado, que ve perpetuarse su situación en la diana del proceso, con una actuación estatal dirigida contra él cuando el ordenamiento jurídico proclama su inocencia, pero que le coloca en una posición de exclusión social y económica; en segundo lugar, a las víctimas, pues la dilación inexplicable incrementa el daño producido por el delito; y finalmente a la propia justicia, que resulta seriamente afectada por una demora que nadie entiende y que convierte a la pena, si es que

²⁰ Así se expresaba la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia en un comunicado publicado el 8 de junio de 2020.

se impone, en un momento irrelevante para la sociedad y ajena a las finalidades constitucionales de reinserción social que se ven, acaso, contradichas por una ejecución tardía.

La reforma de 2015 no ha funcionado adecuadamente; de ahí que en su momento inicial la iniciativa legislativa aludida se dirigiera terapéuticamente a la pura derogación del art. 324, sin sustituir el sistema por ningún otro, con el argumento de que la anterior regulación había provocado espacios de impunidad, especialmente respecto de determinados delitos como los grandes delitos patrimoniales, de defraudación y de corrupción, y la criminalidad organizada²¹.

Esa solución habría sido sobremanera frustrante, pues habría supuesto un total desconocimiento del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), y a obtener una resolución en un plazo razonable (art. 6.1 del CEDH; y art. 47 CDFUE). No sujetar a plazo alguno la investigación de los delitos es conceder una patente al instructor, prácticamente sin control efectivo alguno, para que pueda mantener abierta la instrucción indefinidamente, pues ni siquiera contamos con un sistema como el italiano en donde el paso del tiempo durante el procedimiento penal llega a hacer ganar la prescripción del delito que se estaba enjuiciando. En nuestro país la apertura de la investigación penal, una vez identificados los hechos y los presuntos responsables, interrumpe la prescripción, de modo que se abre un paréntesis permanente en que la persecución penal se sitúa en un limbo que puede desembocar finalmente en la celebración del juicio y en una sentencia de condena, por mucho tiempo que haya transcurrido desde que se cometieron los hechos, y salvo que haya habido una paralización durante la tramitación del proceso que fuera suficiente para hacer prescribir el delito.

Así las cosas, hay que aplaudir la solución normativa alcanzada, que llega al punto de compromiso de mantener el principio del plazo máximo para la investigación penal, pero hay que mostrar un profundo desacuerdo cuando devuelve al instructor la potestad omnímoda de decidir las ampliaciones y, además, deja abierta la posibilidad de acordar prórrogas sin límites, porque resultará difícil y tardío el control que se pueda realizar por la vía del recurso de apelación ante la Audiencia correspondiente, lo que puede convertir al plazo general en un puro

²¹ Contra estas críticas se alza, con razonados criterios, MOSQUERA BLANCO, A.J., "En defensa del 324 LECRIM", en *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 2223 (octubre 2019), págs. 28 y ss.

formalismo, roto solamente cuando no funcione la advertencia o la alarma que sin duda se ha colocado en la agenda judicial sobre la proximidad del final del plazo que esté corriendo.

VI. DE LAS MUSAS AL TEATRO. LOS PLAZOS MÁXIMOS DE INSTRUCCIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

Aunque es cierto que la reforma de 2015 no estableció un límite absoluto al poder inquisitivo del juez de instrucción, es verdad que mostraba un camino diferente, que hacía responsable a las partes de la marcha de las diligencias de esta primera fase del procedimiento, pues eran ellas quienes debían instar la ampliación o prórroga de los plazos para ordenar las actuaciones.

Sin embargo, la reforma se quedó a medio camino, mostrando desde el principio las debilidades de la solución legal por dos razones fundamentales, la primera, de diseño del sistema; la segunda, por mantener un espejismo en la persecución penal.

En efecto, mientras se intentaba bascular la investigación penal hacia la responsabilidad de quienes en definitiva han de sostener la acusación y la defensa, dejando en sus manos al menos los tiempos que ellos consideraban necesarios para culminar esta fase del procedimiento, el juez de instrucción seguía manteniendo sus facultades directoras de la investigación, sin hacer dejación a ninguna de las partes, de modo que su gestión (propia y exclusiva) del curso del procedimiento impedía, sobre todo al Ministerio Fiscal, adoptar decisiones acerca de la duración de la instrucción y de la necesidad de solicitar una ampliación. Esta posición legal del instructor debe hacerle sentir interpelado por el transcurso del tiempo en el procedimiento, porque la duración afecta a los derechos y cae en el ámbito de su exclusiva responsabilidad.

El Ministerio Fiscal podría desde luego instar del juez la terminación de la instrucción, aun cuando es evidente que desconocerá la idea del instructor sobre las investigaciones realizadas y sobre las diligencias que tenga intención de ordenar, por lo que, si no hay comunicación directa e informal entre ellos fuera del procedimiento (es decir, fuera de los cauces legales) la prudencia le debe llevar a esperar a las resoluciones que dicte el juez instructor.

De otra parte, porque sigue marcado a fuego en nuestro sistema la consideración de 1882, cuando en la E. de M. (firmada por ALONSO MARTÍNEZ) se lee que este texto lleva “en cierta medida el sistema «acusatorio» al sumario mismo, que es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia”. Esta idea de situar el juicio como una suerte de corroboración de la instrucción, que es el momento realmente decisivo de la persecución penal, incorpora el profundo sentimiento de que no se puede perder ninguna persecución penal y por eso nada mejor que mantener bajo la batuta del independiente juez de instrucción todos los pasos que componen la investigación. Para que ningún delito se quede sin sanción, se rechaza rotundamente que se pueda llegar a declarar la nulidad de las diligencias practicadas fuera de plazo, por más que la E. de M. de la Ley 41/2015 dijera enfáticamente que “se sustituye el exiguo e inoperante plazo de un mes del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por plazos máximos realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales”.

La verdad es que, con carácter general no han sido muy relevantes las consecuencias prácticas del vencimiento de los plazos de la instrucción, y no se han provocado las anunciadas “consecuencias procesales”, en atención al sentido inquisitivo de la investigación judicial de los delitos, aunque en realidad nos estemos haciendo “trampas en el solitario” porque más de las dos terceras partes de los delitos que se cometen en nuestro país (pero no es una característica exclusiva de España) no son esclarecidos y, por supuesto, nunca llegan a juicio, normalmente por desconocimiento de autor²².

²² Una vez atribuida a la policía la facultad de no presentar en el Juzgado de Instrucción los atestados por delitos con autor desconocido, con la reforma de 2015 del art. 284.2 LECRIM, las estadísticas son más difíciles de manejar. Sin embargo, las estadísticas son bastante confusas; las cifras que publica el Ministerio del Interior, en el *Portal estadístico de criminalidad*, como hechos conocidos <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos1/&file=pcaxis> arrojan unos resultados bastante uniformes y constantes, con algo más de 2.000.000 de delitos en el año (2.131.118 en 2018; 2.009.690 en 2016, o 2.092.040 en 2014), mientras los casos esclarecidos son sensiblemente inferiores (673.594 en 2018; 641.353 en 2016, o 715.357 en 2014), lo que hace un porcentaje cercano al 30% de los hechos delictivos conocidos. Las cifras del Consejo General del Poder Judicial son sensiblemente superiores (dejando de lado la actuación de tribunales que conocen de un asunto en fases posteriores), pues se iniciaron en 2018 de más de 2.500.000 procedimientos penales como aparece en la serie anual de “La Justicia dato a dato” (2018 o 2019) <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/> y con la entrada en vigor de la reforma de 2015 disminuyeron de manera ostensible el número de diligencias incoadas, pasando de más de 5.800.000 asuntos ingresados en 2015 a menos de 3.400.000 en 2016.

El art. 324 LECRIM, con la redacción de la Ley 2/2020, tampoco incide directamente en la instrucción, como hubiera sido razonable, porque si la ley fija un plazo máximo para que el Estado culmine la investigación de un delito, cuando las actuaciones judiciales no han terminado en ese tiempo el procedimiento debería precluir, y habría que dar por finalizada esta fase del procedimiento penal²³, aunque fuera con carácter provisional y susceptible, por tanto, de reabrirse si aparecen nuevos elementos; del mismo modo que, como sucede en otros sistemas jurídicos, cuando el juez señala una fecha para celebrar el juicio, en ese día las partes deberán disponer y aportar toda la prueba.

Pues bien, tanto en 2015 como en la redacción de 2020, la ley procesal actúa sobre la validez de las actuaciones procesales, olvidándose de que la norma debería contemplar en realidad el desarrollo temporal de la instrucción en su conjunto.

En la vigente redacción, además de exigir al instructor para acordar las prórrogas que exponga razonadamente las causas que le han impedido finalizar la investigación, debe hacer referencia a las diligencias que han de practicarse y su relevancia para el proceso. Así pues, las prórrogas acordadas por el instructor solo pueden ser controladas efectivamente por la Audiencia mediante un recurso de apelación contra el auto que se dicte, aunque es muy dudosa su efectividad, dados los tiempos para resolver que con frecuencia consumen los tribunales en estas impugnaciones; por lo tanto, se deberán justificar de modo suficiente la extensión del tiempo de instrucción, sin recurrir a fórmulas estereotipadas ni a razones estructurales de sobrecarga en el juzgado.

Habida cuenta de que actualmente el instructor tiene completa autoridad para prorrogar los plazos de instrucción, sin sujeción a un tiempo máximo absoluto, de modo que solo cuando haya transcurrido el plazo (inicial o prorrogado) y el juez no haya dictado el auto de prórroga (lo que obviamente solo puede responder a una inadvertencia o a un descuido), la Ley pretende salir al paso del abuso de estas facultades extraordinarias, y dispone que las diligencias que acuerde el juez una vez concluido el plazo no serán válidas, modificando el criterio introducido por la Ley 41/2015.

²³ Contrariamente a esto, el art. 324.8 en la redacción de 2015 rechazaba el sobreseimiento por el transcurso del plazo.

En la anterior redacción el precepto se limitaba a decir que las diligencias acordadas antes del vencimiento de los plazos serán válidas sin perjuicio del momento de recepción, aunque buena parte de la jurisprudencia y la doctrina entendieron que existiría un “efecto preclusivo por expiración del plazo de instrucción” (STS 214/2018, de 8 mayo, 470/2017, de 22 junio y 62/2017 de 18 mayo), de modo que lo acordado con posterioridad son actuaciones procesales no válidas, y con buen criterio se decía que “aceptar que se puede seguir incorporando material a las actuaciones en la fase de instrucción mediante diligencias acordadas con posterioridad a la expiración del plazo, supondría considerar que esta previsión legal no tiene ningún efecto”²⁴.

La cuestión del efecto y del valor jurídico de las diligencias acordadas extemporáneamente fue muy discutido, que van desde entender que acarrear el efecto de la nulidad a quienes entienden que se ha producido un a mera irregularidad²⁵. La falta de claridad del precepto llevó a CRESPO BARQUERO a considerar que “si el juez ordena fuera de plazo una diligencia de entrada y registro cuya autorización se sujeta sin embargo a las exigencias constitucionales y legales, su práctica no será procesalmente conforme a Derecho y en consecuencia su resultado no se podrá incorporar al procedimiento como tal” aunque “la información obtenida en el curso de esa actuación o a partir de ella no pueda acceder por otra vía o no puedan arrojar datos que sí podrán ser incorporados por otro medio al material probatorio”²⁶. Esta solución no es adecuada, pues la finalización del plazo en realidad debe desapoderar al juez de la capacidad de iniciativa investigadora, de modo que no podrá ordenar en adelante más diligencias, porque faltaría el presupuesto para considerar que la aludida “entrada y registro” se ha sujetado a las exigencias constitucionales y legales, de donde resulta su nulidad.

Esto, sin embargo, tampoco resuelve el problema; en primer lugar, porque la ley no marca el cierre final de la instrucción, como debería, cuando el juez (que ha tenido abierta la investigación todo el tiempo que ha considerado oportuno)

²⁴ Cfr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.ª, “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y los plazos de instrucción penal (art. 324 LECrim): requisitos legales y consecuencias prácticas”, en *Derecho Penal 2020* (dir. Ortega Burgos), Tirant lo Blanch, pág. 68, quien rechaza que se puedan considerar como plazos impropios, porque eso convertiría al precepto en papel mojado.

²⁵ Cfr. MOSQUERA BLANCO, A.J., “En defensa del 324 LECRIM”, cit., págs. 14 y ss.

²⁶ En “Los efectos del vencimiento...”, cit., págs. 39-40, para justificar la Circular de la FGE 5/2015.

no ha logrado reunir los elementos necesarios para ponerle fin; este fracaso de la actividad de investigación exigiría liberar al investigado, al menos provisionalmente, tanto de la carga de mantener abierto un procedimiento penal contra él como, sobre todo, de la afectación de su derecho a la presunción de inocencia²⁷. Por todo ello, en el esquema del actual proceso penal español, una vez que ni el plazo inicial de la instrucción ni sus prórrogas han permitido esclarecer los hechos y han permitido el cierre de la instrucción, esta fase del procedimiento debe finalizar.

La ley no se ha atrevido a dar este paso, y guarda silencio sobre la cuestión capital: en realidad el art. 324 no fija plazo para la instrucción, que permanecerá abierta hasta que el instructor dicte alguna de las resoluciones a que se refiere el art. 779 (para el procedimiento abreviado) o el auto de conclusión del sumario, bien por propia voluntad y convicción, o bien porque la Audiencia lo ordene, al estimar un recurso contra un Auto que acuerde una prórroga indebida.

Con todo, es preciso desentrañar la solución legal que priva de validez las diligencias acordadas a partir de la finalización del plazo de instrucción. Como se establecía en la reforma de 2015, la ley pone el acento en el momento en que una diligencia se acuerda y no en el que se practica o se incorpora a las actuaciones, de modo que si se hubieran acordado diligencias cuya realización puede demorarse (comisiones rogatorias, informes periciales, etc.), eso permitiría mantener abierta la instrucción hasta que se reciban los resultados.

La solución tiene lógica, pues carecería de sentido que el instructor dictara un auto de transformación y abriera la vía a los escritos de acusación (o concluyera el sumario y remitiera los autos a la Audiencia) cuando faltan todavía los resultados de diligencias ya ordenadas, que pueden ser determinantes para esclarecer definitivamente los hechos y dictar la resolución que procediera (entre otras, auto de sobreseimiento); aun así, es oportuno considerar si se debe esperar *sine*

²⁷ En palabras de la E. de M. de la vigente LECRIM de 1882, se pretende “sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantías de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importante: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad”.

die a la llegada de los resultados o, en aras a proteger el derecho del investigado, debe marcarse también un plazo para recibir la diligencia.

Así pues, lo que impide el art. 324 es que se acuerden diligencias una vez que ha vencido el plazo, porque eso acarrea la nulidad de las que se obtengan o se puedan incorporar que deriven de una orden judicial que se haya dictado extemporáneamente²⁸. Como antes se dijo, si el juez resulta desapoderado de sus facultades instructoras por el vencimiento del plazo que él mismo se ha dado, la ley no le permite en adelante ordenar nuevas diligencias (estas no serán válidas).

Pero eso no impide en modo alguno que las partes acusadoras (también el acusado) puedan proponer en sus calificaciones provisionales medios de prueba para que se practiquen y se incorporen con anterioridad al plenario, lo que quedará al criterio de admisión del tribunal sentenciador y, desde luego, que todas las partes estarán autorizadas a proponer y presentar los medios probatorios al inicio de las sesiones del juicio, siempre que se trate de pruebas admisibles.

Quedaría fuera el tratamiento que hubiera de darse a la diligencia de tomar declaración al investigado, que la ley procesal establece como necesaria para poder continuar el procedimiento (art. 779 LECRIM) y pasar al juicio oral, que resulta por lo tanto, una diligencia esencial de la instrucción porque su finalidad esencial no es de esclarecimiento de los hechos, sino sustancialmente para el ejercicio del derecho de defensa, el conocimiento inicial de la acusación y la sujeción del investigado al proceso; por eso “la declaración del investigado debe acordarse, pese al vencimiento, y su práctica extemporánea debe ser declarada válida”, ya que la alternativa a este planteamiento es un indeseable archivo de las actuaciones²⁹.

Partiendo pues de la naturaleza de esta diligencia, resulta imprescindible practicarla aun cuando hubiera vencido el plazo de instrucción; en verdad esta

²⁸ Con la regulación de 2015 MOSQUERA BLANCO, cit., pág. 25, afirmaba que “las diligencias extemporáneas son nulas y no pueden fundamentar el dictado de un auto del artículo 779 ni ser reproducidas en el juicio oral en modo alguno, sin que tampoco sea posible su admisión como mera documental”.

²⁹ Así, MOSQUERA BLANCO, op. cit., págs. 25 y ss. con cita del ATC 5/2019, de 29 enero.

declaración se debe prestar tan pronto sea conocida la identidad del investigado, por lo que la demora en recibirla solo puede deberse a una identificación que derive de una diligencia acordada en plazo y practicada cuando ya hubiera vencido, o a la falta de diligencia del instructor. Pero no puede olvidarse que la declaración del investigado, lejos de seguir considerándola como una diligencia de investigación, debe ser tratada como un medio de defensa, que permite al investigado no solo la oportunidad de ofrecer su versión fáctica sobre los hechos, sino también tomar conocimiento de lo actuado y poder intervenir activamente en las actuaciones para defender las tesis defensivas.

EL “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE SU CUIDADOR/A PRINCIPAL

Carmen Navarro Villanueva

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad Autónoma de Barcelona)

Sumario: I. EL “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO PRINCIPIO RECTOR PARA COMBATIR LOS EFECTOS DEL ENCARCELAMIENTO DE SU CUIDADOR. II. LA CONCILIACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO PENAL. 1. El “interés superior del menor” en la fase de instrucción. 2. El interés superior del menor en el momento del enjuiciamiento: la utilización de las medidas alternativas a la prisión. 3. El interés superior del menor durante el cumplimiento de la condena. III. CONCLUSIÓN.

I. EL “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO PRINCIPIO RECTOR PARA COMBATIR LOS EFECTOS DEL ENCARCELAMIENTO DE SU CUIDADOR

La privación de libertad de una persona, sea en virtud de una medida cautelar o como pena, conlleva una serie de efectos colaterales en aquellos que conforman su entorno más próximo y, especialmente en sus hijos, a los que, con acierto, se ha descrito como “*huérfanos de la justicia*”¹. Los hijos van a tener que afrontar, como consecuencia de la estancia de alguno de sus padres en prisión, si

¹ Vid. en este sentido, SHAW, *Imprisoned fathers and the orphans of justice* in “Prisoners’ Children: What are the issues”, London, Routledge, 1992. Otras elocuentes denominaciones vienen recogidas por MURRAY Joseph/FARRINGTON David, *Effects of parental imprisonment on children*, en M.TONRY (ed), “Crime and justice: a review of research”, Vol. 37, 2008, p. 133; “the forgotten victims of crime” (Matthews, 1983); “hidden victims of imprisonment” (Cunningham and Baker, 2003); “The Cinderella of penology” (Shaw, 1987, p. 3); “the unseen victims of the prison boom” (Petersilia, 2005, p. 34).

no de ambos, numerosas dificultades. No hay que olvidar, además, que, en muchos casos, aquellos hijos ya padecían, antes del encarcelamiento del progenitor, profundas desventajas sociales, económicas, sanitarias y educativas, de modo que la prisión agravará, más si cabe, aquella deteriorada situación.

Los adversos efectos que el encarcelamiento de un progenitor provoca en los hijos pueden ser de diversa índole y variada magnitud, dependiendo de la situación en que quede el menor. Tales efectos van desde: a) la interrupción de los lazos paterno-filiales, que se verá agravada en aquellos casos en que no haya visitas; b) la eventual agudización de los problemas financieros que dificultaran, entre otras cuestiones, las visitas; c) la estigmatización y el aislamiento social; d) los problemas de salud, física y mental así como de comportamiento en los niños, que difieren dependiendo de si el progenitor encarcelado es el padre o la madre o, e) una mayor probabilidad de delinquir y de entrar en el sistema de justicia juvenil y, por ende, después en el de adultos, por citar algunos².

Conocidas las graves y, en ocasiones, irreversibles consecuencias del encarcelamiento del progenitor en los hijos, especialmente si es la madre la que debe permanecer en prisión, es preciso abogar por un trato diferenciado de las personas que estaban al cuidado de los menores cuando han de enfrentarse a las consecuencias penales de sus actos³. La justificación de ese diverso tratamiento deriva, por una parte, de la necesidad de tener en cuenta, también en nuestra

² La doctrina anglosajona, especialmente, se ha ocupado de estudiar los efectos que el encarcelamiento de los padres tiene en los hijos. Vid., entre otros, MURRAY Joseph/FARRINGTON David, *The effects of parental imprisonment on children* en TONRY (ed), *Crime and Justice: A review of research*, Vol. 37, pp. 133 a 206, Chicago, IL: University of Chicago Press. CRAWFORD Jackie, *Alternative sentencing necessary for female inmates with children* en “*Corrections today*”, junio 2003, núm. 65, tomo 3, pp. 8 a 10; CONVERY Una/MOORE Linda, *Chapter 2: Children of imprisoned parents and their problems* in SCHARFF-SMITH Peter/GAMPELL Lucy (editors) ; “*Children of imprisoned parents*”, cit; REED Kristiina, *Children of prisoners: “orphans of justice”?* in “*Fam Law*”, January, 2014; ROBERTSON Oliver, *El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor (a) tiene sobre sus hijos*, Quaker ONU, abril, 2007; MARSHALL Kathleen, *Not seen, not heard, not guilty, the rights and status of the children of prisoners in Scotland*, 2008; DICKIE Donald, *Financial impact of imprisonment on families*, Families outside 2013; DALLEY Lanette, *Policy implications relating to inmate mothers and their children: will the past be prologue*, The prison journal, Vol. 82, núm. 2, June 2002.

³ En esta línea, vid. McNEIL Fergus en Gill ROBINSON (compiled), *From vision to reality- Transforming Scotland's care of women in custody*, Symposium report, 2015, pp. 61-62 y en el mismo sentido, McIVOR Gillian, op. cit., p. 11.

política criminal, el interés superior del menor en cualquier decisión que pueda suponer una devaluación de sus derechos que, siguen siendo, los mismos que los de cualquier otro niño. Precisamente, entre los principios rectores de la política social y económica de nuestro país, la Constitución destaca la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1) y dentro de ésta, la protección integral de los hijos (arts. 39.2 y 3). Por su parte, el art. 39.4 de la Carta Magna establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, en consecuencia, tratándose de niños de padres encarcelados en España, les serán de aplicación, por citar algunos de esos acuerdos, la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Derechos del niño (2009), las conocidas Reglas de Mandela o Normas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos de 2015 o las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) de 2011, entre otros.

Recogiendo el mandato constitucional, la Ley Orgánica 1/1996, de 25 de enero, de protección jurídica del menor, proclama en su art. 2.1 que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. A tal efecto, en el siguiente precepto señala los criterios generales a tener en cuenta con la finalidad de interpretar y aplicar, en cada caso, el interés superior del menor. Interesa destacar, centrándonos ya en aquellos niños cuyo padre-cuidador principal esté encarcelado, el criterio contenido en el art. 2.2 c) que afirma *“la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. (...) Se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor”*.

En definitiva, el interés superior del menor no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico y se tiene en cuenta, como es sabido, en otros ámbitos de nuestro Derecho⁴. Buena prueba de ello es la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección

⁴ En términos similares, TAMAR LERE, *Sentencing the family: recognizing the needs of dependent children in the Administration of the Criminal Justice System*, 9 Nw.J.L & Soc.Pol'Y 24 (2013) y disponible *on line* en: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njls/vol9/iss1/2/>, pp. 37 y ss.

Jurídica del Menor, en cuya Exposición de Motivos el legislador recuerda que el contenido de dicha norma trasciende los límites del Código Civil para *“construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general”*. Esa protección integral al menor debe, también, tenerse en cuenta desde la incoación del proceso penal contra su cuidador principal hasta, en su caso, el momento del cumplimiento definitivo de la condena por aquél.

II. LA CONCILIACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO PENAL

1. El “interés superior del menor” en la fase de instrucción

Vistos los perniciosos efectos que el encarcelamiento del progenitor provoca en sus hijos, cuando el primero es el principal cuidador de éstos, es preciso buscar alternativas al encarcelamiento preventivo para evitar, en la medida de lo posible, que esas otras víctimas inocentes, que son los hijos, vean sus vidas completamente alteradas, cuando ni siquiera se ha determinado la culpabilidad.

A tal efecto, es preciso partir del carácter excepcional de la prisión preventiva que, de acuerdo con lo previsto en el art. 502.2 LECrim, podrá acordarse *“sólo cuando objetivamente sea necesaria (...) y no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad”*. En consecuencia, el principio de subsidiaridad recogido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que se infiere, asimismo, de los derechos constitucionales que pueden verse afectados por la prisión preventiva, conduce a la aplicación preferente de otras medidas menos gravosas para asegurar la sujeción del imputado al proceso penal. Asimismo, habrá que tener presente el principio de proporcionalidad, que aparece expresamente recogido en el art 502.3 LECrim y que obliga al Juez a tener en cuenta, si pretende acordar una prisión provisional, *“la repercusión que esta medida pueda tener en el investigado o encausado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pueda ser impuesta”*. Esto es, el Juez ha de tener en cuenta al decretar la prisión provisional, amén de los presupuestos señalados, la “repercusión” que tal medida puede suponer a la persona contra la que se acuerde. Por tanto, aferrándonos a tal precepto, encarcelar de manera

preventiva al padre que se encuentra al cuidado de sus hijos debe ser, más si cabe, una medida de carácter excepcional y ello porque, además, la reproducida disposición obliga al órgano judicial a tener en consideración las "circunstancias" que rodean al encausado o investigado. Cierto es, que el legislador no menciona ni explícita qué circunstancias han de ser consideradas pero las cargas familiares son, sin duda, un factor que puede inclinar la balanza definitivamente a favor de la libertad de la persona que aún no ha sido juzgada para que ésta pueda continuar al cuidado de los hijos.

Llama la atención que, como señalé, nuestra legislación procesal no tiene en cuenta, de manera explícita, los intereses del menor al valorar la idoneidad de una medida cautelar. Paradójicamente, sí se tienen en cuenta las circunstancias familiares cuando se trata de valorar el riesgo de fuga de la persona que puede ser sometida a prisión provisional. Por otro lado, como se ha afirmado, el art. 502.3 LECrim, hace alusión a la repercusión de la medida en el encausado pero no en su familia. A mi juicio, si el encausado/a es el principal cuidador de unos hijos que pueden quedar en peor situación a resultas del encarcelamiento, habría que plantearse un nuevo supuesto de prisión preventiva *privilegiada* "por cargas familiares", que permitiera a la madre (o, al padre, si es el caso) permanecer en el domicilio familiar a la espera de la celebración del juicio (art. 508 LECrim), como se prevé en algunos ordenamientos⁵. Y ello debido a la "lamentable situación

⁵ Nuestro art. 508 LECrim prevé dos supuestos de "prisión preventiva atenuada" en los que la persona investigada o encausada puede permanecer en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias o en un Centro para su deshabitación: 1) por enfermedad siempre que el internamiento entrañe grave peligro para su salud (508.1 LECrim); 2) por seguir el investigado/encausado un tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes si el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento (art. 508.2 LECrim). Por su parte, El art. 275.4 del Código de Procedimiento Penal italiano dispone, en efecto, que "Quando imputati siano donna incinta o madre di prole di eta' non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non puo' essere disposta ne' mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Non puo' essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputato sia persona che ha superato l'eta' di settanta anni". Acerca de la regulación de la prisión preventiva en otros países, vid. Ampliamente, CADENAS CORTINA, *La prisión provisional en el derecho comparado y la experiencia europea continental*, continental en ANDRÉS IBÁÑEZ (coord.), *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996 y DE LA ROSA CORTINA, *La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?*, en "Diario La Ley", Nº 6148 de 16 de Diciembre de 2004.

legislativa”, como afirma RAMOS MÉNDEZ, dado que la regla general debería ser la prisión atenuada⁶.

Asimismo, es preciso tener en cuenta la existencia de la localización permanente como pena privativa de libertad, prevista en el art. 37 CP, que “*obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado*”, pudiendo el órgano judicial, para garantizar su cumplimiento efectivo, acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo. Por tanto, si entre el catálogo de penas previstas existe la posibilidad de permanecer en el domicilio hasta un máximo de seis meses, parece más que razonable abogar por el uso más generalizado de la prisión atenuada, máxime si, tras la última reforma procesal, se ha impuesto un plazo máximo de seis meses para la instrucción (art. 324.1 LECrim). Sin duda, dadas las numerosas ventajas que la prisión preventiva atenuada posee⁷ y su menor afectación a los derechos fundamentales del imputado, nuestros tribunales deberían hacer uso de la misma, teniendo presente que, hoy en día, pueden ser utilizadas las nuevas tecnologías para controlar la efectividad de esta modalidad atenuada de prisión provisional. En definitiva, como señala GUDÍN, el arresto domiciliario de carácter cautelar, bajo

⁶ RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal. Duodécima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016. p. 344. En efecto, siguiendo al citado profesor, la ley de 10 de septiembre de 1931 había incorporado a la LECrim determinados artículos del entonces vigente Código de Justicia Militar que dejaban libertad al juez instructor para atenuar las condiciones de la prisión preventiva permitiendo al imputado permanecer en su propio domicilio y realizar las salidas necesarias que el ejercicio de su profesión entrañare. Por ello, parece acertado como sostiene RAMOS MÉNDEZ, afirmar que “*ya que la ley no ha sido expresamente derogada y en materia de derechos fundamentales la interpretación de las normas ha de ser la más favorable para el respeto a tales derechos, no parece que existan reparos a seguir reclamando la vigencia de tal posibilidad, como la medida más adecuada al actual espíritu constitucional de las medidas restrictivas de libertad*”. Por su parte, ASENCIO MELLADO, José María, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 200 explica en la nota 173 que el Nuevo Diccionario de Legislación, Ed. Aranzadi, Tomo XIX, Pamplona, 1977, pág. 24612 incorporó al art. 504 la previsión de prisión atenuada del Código de Justicia Militar, si bien tal Diccionario aclaraba en nota a pie de página que la Ley de 1931 nunca especificó el artículo al cual debía añadirse. Ahí, tal vez, resida, según ASENCIO, la razón del porqué no se incluyó nunca lo dispuesto en la citada Ley republicana.

⁷ ÁLVAREZ GARCÍA y QUERALT JIMÉNEZ, *La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931* en “Diario La Ley”, Nº 6174 de 24 de Enero de 2005, pp. 2 y 3, recogen un exhaustivo listado de las ventajas de la prisión provisional atenuada en domicilio.

control telemático, aunaría las exigencias de seguridad y libertad que nuestro ordenamiento ampara, dado que las nuevas tecnologías, aunque imponen igualmente una merma de la libertad deambulatoria y dañan el principio de la presunción de inocencia, no dejan de ser medidas más humanas y congruentes con nuestro moderno Estado Democrático⁸. También serían más acordes con el interés superior del menor.

2. El interés superior del menor en el momento del enjuiciamiento: la utilización de las medidas alternativas a la prisión

Las alternativas para eludir el encarcelamiento se reducen, tras la reforma del Código Penal de 2015, a la suspensión condicional de la ejecución de la pena que consiste, como se infiere del art. 80 del CP, en excluir provisionalmente el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme a la persona autora de un delito menos grave, si el Juez o Tribunal sentenciador considera que no es probable que dicha persona vuelva a cometer nuevos delitos. De este modo, la pena se sustituye por la amenaza de llevarse a efecto si se incumplen, durante un determinado plazo de tiempo, las condiciones bajo las cuales se acuerda la suspensión. Consecuentemente, si la persona condenada cumple las condiciones impuestas durante el plazo fijado, se remite definitivamente la pena, dándose la misma por cumplida. Por el contrario, en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas se revoca la suspensión y se ordena el cumplimiento de la pena.

De acuerdo con la regulación de esta medida alternativa, la suspensión de la condena impuesta al progenitor, principal cuidador de los hijos, sin antecedentes penales sólo será posible en caso que haya sido condenado por la comisión de un delito relativamente "leve", dado que la pena a suspender o la suma de las penas impuestas no puede ser superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de multa (art. 80. 2.2ª CP). Tal requisito excluye, prácticamente de manera automática, no sólo a los reincidentes sino también a todas aquellas personas condenadas por delitos contra la salud pública y, en algunos casos dependiendo de las circunstancias que rodearon la comisión del delito, también a aquéllas condenadas por delitos contra el patrimonio, que siguen

⁸ GUDIN RODRÍGUEZ, *Cárcel electrónica versus prisión preventiva*, en http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Gudin_Prision_Preventiva.pdf, pp. 3 y 37 (consultado abril 2018).

siendo los principales delitos por los que se encuentra encarcelada buena parte de la población reclusa en España⁹.

Junto a la modalidad ordinaria del artículo 80 CP, el mismo Texto recoge sendas modalidades especiales y una tercera que sería un supuesto similar a la antigua sustitución prevista en el derogado art. 88 CP¹⁰. Interesa destacar, la suspensión de la ejecución a condenados a penas inferiores a 5 años de prisión de las personas que hubieran cometido el delito a consecuencia de su dependencia a determinadas sustancias y que deberán someterse a tratamiento de deshabituación (art. 80.5 CP), dado que abre el abanico de posibles beneficiarios de la medida. Pese a que pueda resultar paradójico suspender la ejecución de la pena a la persona, encargada del cuidado de los hijos, que ha cometido el delito por su adicción a condición de someterse a un programa de deshabituación, el órgano judicial debería contar con los informes profesionales que repute convenientes para conciliar, en su caso, el interés del menor con la suspensión de la condena.

Nuevamente, convendría una reforma de la regulación de la suspensión condicional de la ejecución al objeto de introducir la posibilidad de suspender el ingreso en prisión de la persona encargada del cuidado de sus hijos, siempre en aras del interés superior de los menores, de concurrir determinados presupuestos (como podrían ser la asunción de culpabilidad, la comisión de un delito no violento, el compromiso de velar por el bienestar de sus hijos, entre otros).

⁹ En efecto, en junio de 2019, más de un 39% de los hombres condenados en España lo fueron por un delito contra el patrimonio mientras que la cifra se eleva al 42% en el caso de las mujeres. Por su parte, 16,6% de los hombres fueron condenados por delitos contra la salud pública frente a un 28% de mujeres. Vid. al respecto, <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2019&mm=6&tm=TIP1&tm2=TIP1>

¹⁰ 1ª) la suspensión de la ejecución a penados aquejados de enfermedad muy grave con padecimientos incurables, siempre que no tengan una pena ya suspendida por este motivo (art. 80.4 CP); 2ª) la suspensión de la ejecución a condenados a penas inferiores a 5 años de prisión que hubieran cometido el delito a consecuencia de su dependencia a determinadas sustancias y que deberán someterse a tratamiento de deshabituación (art. 80.5 CP); y 3ª) la suspensión de la ejecución de penas de prisión al penado no primerizo que tampoco es “habitual” condenado a penas que individualmente no excedan de 2 años de prisión. Esta suspensión queda condicionada a la reparación efectiva del daño o a la indemnización del perjuicio o al cumplimiento del acuerdo de mediación.

3. El interés superior del menor durante el cumplimiento de la condena

Evitar el ingreso en prisión de las personas condenadas a penas de más de dos años de prisión o más de cinco si han delinquido como consecuencia de su adicción, será prácticamente imposible. De igual modo, si la pena impuesta a la persona condenada, pese a no ser de más de dos años o de cinco en el caso de consumidores de drogas, no ha sido suspendida, de acuerdo a las previsiones analizadas en el epígrafe anterior, las posibilidades de evitar el ingreso en prisión también quedan, absolutamente, diezmadas, puesto que nuestra legislación no prevé medidas como el control telemático o el cumplimiento de la pena en un Centro, distinto a la prisión, junto a sus hijos sin antes haber sido clasificada en grado, lo que significa que será necesario pasar por el sistema penitenciario.

Llegados a este punto, conviene recordar que la normativa internacional, insiste en la necesidad de conceder a la persona que ha de ingresar en prisión, cuando tiene a su cargo menores, la posibilidad de llevar a cabo los ajustes y arreglos que sean precisos en cuanto al cuidado de aquéllos teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 12 Recomendación Consejo de Ministros de 2018 sobre niños de padres encarcelados) *“previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los menores”* (art. 2.2 de las Reglas de Bangkok).

En los supuestos en que el ingreso en prisión sea inevitable, las únicas posibilidades existentes hoy en día a fin de acortar el tiempo de condena o, en su caso, la estancia en prisión son la concesión de un indulto o de la libertad condicional. También el cumplimiento de la condena en tercer grado puede comportar una mejora cualitativa del régimen de vida de la persona condenada ya que, entre otras ventajas, el régimen de visitas con sus hijos y las posibilidades de ejercer el rol paternal se acrecientan exponencialmente¹¹.

La prevalencia del interés superior de los menores cuyo principal cuidador es parte pasiva de un proceso penal conduce inexorablemente a la búsqueda de alternativas al encarcelamiento de aquél. Asimismo, evidencia la necesidad de informes criminológicos a fin que los órganos judiciales encargados de juzgar

¹¹ Un estudio detallado de todas las alternativas se encuentra en el capítulo cuarto de NAVARRO VILLANUEVA, *El encarcelamiento femenino*, cit., pp. 103 a 135.

y/o de ejecutar la pena puedan adoptar las medidas más convenientes de cara a la reinserción de las personas que han delinquido teniendo en cuenta el interés superior de los menores que puedan estar a su cargo, puesto que la separación de sus hijos debida al encarcelamiento, puede causar severos daños en éstos en plena época de crecimiento¹².

A la espera de un cambio legislativo que permita armonizar el interés superior del menor con el derecho al castigo, cuando el infractor sea el cuidador principal del menor, es imprescindible mejorar las comunicaciones y contactos paterno-filiales existentes con arreglo a la legislación penitenciaria, así como, especialmente, las instalaciones de nuestras prisiones en que tales visitas se llevan a cabo, dados los positivos efectos que tienen tanto para los padres como para los hijos¹³.

III. CONCLUSIÓN

El interés superior del menor ha de primar, como prevé nuestra Ley Orgánica de protección jurídica del menor, sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, como puede ser el derecho de la sociedad a castigar al delincente si éste es el principal cuidador del menor. En esta misma línea, el derecho del niño a vivir con sus padres, a crecer en un ambiente saludable y a disfrutar, en definitiva, de una infancia feliz ha de prevalecer sobre el derecho al castigo de la persona que, con anterioridad al encarcelamiento, era su principal cuidador y que, en muchos casos, será la madre. Consecuentemente, tal y como preconizan

¹² MINSON Shona, *Mitigating motherhood. A study of the impact of motherhood on sentencing decisions in England and Wales*, The Howard League for Penal Reform, 2014, p. 36. La autora afirma que los informes pre-sentencia jugaron un relevante papel en la reducción de las condenas de diversas mujeres sujetas a un proceso penal al constar en aquéllos las responsabilidades maternas de éstas. De los 8 informes solicitados por el órgano judicial, en siete de ellos constaba la existencia de niños a cargo de la madre acusada mientras que en 5 de ellos, el Juez hizo explícita en su sentencia la aminoración de la pena a resultas de las cargas familiares de la mujer. Por el contrario, en 3 de los casos estudiados en que se carecía de informes pre-sentencia, la pena no sufrió rebaja alguna y en dos de esos casos ni siquiera se mencionaba la existencia de niños.

¹³ Vid. Más ampliamente, NAVARRO VILLANUEVA, *El encarcelamiento femenino*, cit., pp. 92 y ss. Para los padres, las visitas suponen, entre otras, una oportunidad de mantener los lazos familiares que el encarcelamiento ha quebrado y de iniciar o reanudar el ejercicio de una paternidad responsable. Por su parte, para los hijos, el contacto con el progenitor ayuda a minimizar los efectos adversos que el encarcelamiento supone.

tanto los Tratados Internacionales de los que España forma parte, como nuestra legislación, el interés superior del menor prohíbe cualquier forma de discriminación de los niños de padres encarcelados, respecto de otros niños, por ejemplo, cuyos padres no estén presos. Por ello, no creo que suponga una vulneración del principio de igualdad sugerir que aquellas personas que estuvieran ejerciendo como cuidadores de sus hijos tengan un tratamiento diferenciado no solo en el momento de ser juzgadas sino también en el momento de cumplir la condena, si su encarcelamiento puede acarrear consecuencias negativas para los menores que, no olvidemos, no han cometido delito alguno¹⁴. Se trata, en definitiva, de apostar por una perspectiva que tenga en cuenta los derechos de los olvidados hijos de padres encarcelados, como la que se atisba en las Reglas de Bangkok o más recientemente en las Recomendaciones de 2018 del Consejo de Ministros de la Unión Europea, sobre niños de padres encarcelados.

Bibliografía

ÁLVAREZ GARCÍA y QUERALT JIMÉNEZ, La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931 en "Diario La Ley", Nº 6174 de 24 de Enero de 2005.

ASENCIO MELLADO, José María, La prisión provisional, Civitas, Madrid, 1987.

BALDWIN Lucy & EPSTEIN Rona, Short but not sweet: a study of the impact of short custodial sentences on mothers & their children, publicado por Montfort University, julio, 2017.

BARNES Sandra y STRINGER Ebonie Cunnigham, Is motherhood important? Imprisoned Women's maternal experiences before and during confinement and their postrelease expectations, *Feminist Criminology*, 2014, Vol. 9 (I).

¹⁴ En el mismo sentido, McIVOR, en Gill ROBINSON (compiled), *From vision to reality- Transforming Scotland's care of women in custody*, Symposium report, 2015, p. 11. Vid. asimismo, McNEILL Fergus, *From vision to reality - Transforming Scotland's care of women in custody*, Symposium report, 2015, pp. 61 a 63.

CADENAS CORTINA, La prisión provisional en el derecho comparado y la experiencia europea continental, continental en ANDRÉS IBÁÑEZ (coord.), Detención y prisión provisional, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

CARLSON Joseph, Prison nursery 2000 en "Journal of Offender Rehabilitation", Vol 33 (3), 2001, pp. 75 a 97.

CASEY-ACEVEDO Karen/BAKKEN Tim/KARLE Adria, Children visiting mothers in prison: the effects on mother's behavior and disciplinary adjustment en "The Australian and New Zealand Journal of Criminology", vol. 37, núm. 3, 2004.

CLARK Judith, The impact of the prison environment on mothers, "The prison journal", Vol. 75, Num. 3, September, 1995.

CONVERY Una/MOORE Linda, Chapter 2: Children of imprisoned parents and their problems in SCHARFF-SMITH Peter/GAMPELL Lucy (editors); "Children of imprisoned parents" The Danish Institute of human rights, European Network for Children of Imprisoned Parents, University of Ulster and Bambini-senzasbarre, 2011.

COVINGTON Stephanie y BLOOM Bárbara E., Gendered justice: women in the criminal justice system en BLOOM Bárbara E.; Gendered Justice: Addressing Female Offenders, Carolina Academia Press, 2003.

CRAWFORD Jackie, Alternative sentencing necessary for female inmates with children en "Corrections today", junio 2003, núm. 65, tomo 3, pp. 8 a 10.

DALLEY Lanette, Policy implications relating to inmate mothers and their children: will the past be prologue, The prison journal, Vol. 82, núm. 2, June 2002.

DE LA ROSA CORTINA, La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria? en "Diario La Ley", Nº 6148 de 16 de Diciembre de 2004.

GUDIN RODRÍGUEZ, Cárcel electrónica versus prisión preventiva, en http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Gudin_Prision_Preventiva.pdf

- LEVERENTZ Andrea M.; *The prisoner's dilemma. How women negotiate competing narratives of reentry and desistance*, 2014.
- MARSHALL Kathleen, *Not seen, not Heard, not guilty, the rights and status of the children of prisoners in Scotland*, 2008.
- McIVOR Gill/TROTTER Chris/SHEEHAN Rosemary, *Women, resettlement and desistance en "Probation Journal", Vol 56 (4), 2009.*
- McNEIL Fergus en Gill ROBINSON (compiled), *From vision to reality- Transforming Scotland's care of women in custody, Symposium report*, 2015.
- MINSON Shona, *Mitigating motherhood. A study of the impact of motherhood on sentencing decisions in England and Wales*, The Howard League for Penal Reform, 2014.
- MOSES Marylin C., *Correlating incarcerated mothers, foster care and mother-child reunification*, en *"Corrections Today"*, núm. 68, pp. 98-100, 2006.
- MURRAY Joseph/FARRINGTON David, *The effects of parental imprisonment on children* en TONRY (ed), *Crime and Justice: A review of research*, Vol. 37, pp. 133 a 206, Chicago, IL: University of Chicago Press.
- MYERS Barbara J., SMARSH Tina M., AMLUND-HAGAN Kristine y KENNON Suzanne, *Children of incarcerated mothers* en *"Journal of Child and Family Studies"*, núm. 8, pp. 11 a 25, 1999.
- NAVARRO VILLANUEVA Carmen, *El encarcelamiento femenino*, Atelier, Barcelona, 2018.
- RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal. Duodécima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016.
- REED Kristiina, *Children of prisoners: "orphans of justice"?* en *"Fam Law"*, January, 2014.
- ROBERTSON Oliver, *El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos*, Quaker ONU, abril, 2007.

ROSENBERG Jennifer, Children need dads too: children with fathers in prison, Geneva, Quaker United Nations Office, 2009.

SCHARFF-SMITH Peter/GAMPELL Lucy (editors); "Children of imprisoned parents" The Danish Institute of human rights, European Network for Children of Imprisoned Parents, University of Ulster and Bambinisenzasbarre, 2011.

SHAW, Imprisoned fathers and the orphans of justice in "Prisoners' Children: What are the issues", London, Routledge, 1992.

TAMAR LERE, Sentencing the family: recognizing the needs of dependent children in the Administration of the Criminal Justice System, 9 Nw.J.L & Soc.Pol'Y 24 (2013) y disponible on line en: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njls/vol9/iss1/2/>

SEIS CONCEPTOS EN BUSCA DE UN OBJETIVO: JURISDICCIÓN, ACCIÓN, PROCESO, DERECHOS, PENA Y DELITO

Jordi Nieva Fenoll

Catedrático de Derecho procesal (Universitat de Barcelona)

Sumario: BREVE LAUDATIO AL PROF. MARTÍN OSTOS. I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO, LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL Y LA PROHIBICIÓN DE AUTOTUTELA. III. FINALIDADES DE LA JURISDICCIÓN. IV. FINALIDADES DE LA ACCIÓN. V. FINALIDADES DEL PROCESO Y DEL JUICIO JURISDICCIONAL. VI. EL JUEZ RESULTA IMPRESCINDIBLE... ¿PARA QUÉ? VII. EL PAPEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS ANTIGUOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL CORRECTO DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. VIII. LAS INSTITUCIONES PROCESALES Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO PENAL. IX. ¿ES POSIBLE UN SISTEMA INTEGRAL DEL DERECHO PENAL?

BREVE LAUDATIO AL PROF. MARTÍN OSTOS

No es fácil hablar en términos científicos de una persona por quien se siente sincero aprecio. Uno se arriesga a caer en lo personal, aunque sea en sentido positivo, y no quiero que me suceda eso con uno de los primeros procesalistas, tal vez realmente el primero, que tuve la oportunidad de escuchar en una conferencia en Barcelona allá por 1993, realmente la primera conferencia a la que asistí como doctorando. En esa charla habló de su experiencia en América Latina, y poco podía yo figurarme que las anécdotas de auténtico realismo mágico que nos relató, me iban a ser tan cotidianas años después.

Es sólo un ejemplo de los muchos que más tarde vinieron. Creo poder recordar todas las conferencias que le he oído en mi vida porque el Prof. Martín Ostos es de aquellas poquísimas personas capaces de crear, de sugerir nuevas ideas cuando expone, que es lo único que realmente hace avanzar a la ciencia. Y además expresándose en un tono tan entretenido como respetuoso con su público, utilizando con frecuencia la ironía y hasta la sátira pero sin caer jamás

en la vulgaridad, expresando siempre una elegancia en la forma y en el fondo, de manera que la discrepancia no se transforma jamás en enfrentamiento, sino como debe ser entre colegas de profesión, en debate respetuoso y extraordinariamente constructivo.

Se trata, además, de una persona que lee, y que lee no porque no tenga más remedio para escribir un trabajo, sino por placer. Aprecia muy especialmente la historia y los escritos en los que se aporta, se va más allá, porque teniendo entre sus muchas cualidades la de ser sorprendentemente observador y empático, le fascina la novedad, lo que le hace pensar y hasta reflexionar un buen rato. Son cualidades que se hacen evidentes de manera rápida, no sólo hablando con él alguna vez, sino leyéndole y escuchándole en sus conferencias. No podré olvidar jamás una pronunciada en 1997, absolutamente improvisada según él mismo reconoció, sobre las facultades probatorias de oficio. De no haber tenido la sinceridad de advertirlo, nadie nos hubiéramos dado cuenta de que esa conferencia no había sido preparada, aunque es injusto decirlo así. La preparación se obtiene con el estudio profundo de largos años, construyendo sólidos fundamentos en los que apoyarse. Contando con los mismos, hablar de improvisación es simplemente desacertado. Se trata, más bien, de la profunda preparación del maestro.

Este escrito mío combina historia y reflexión sobre el Derecho procesal y sobre la propia existencia del ordenamiento jurídico, con un guiño en el título a Pirandello, que sobre todo ha sido formulado pensando en lo absurdo de algunos de nuestros debates sobre los llamados "conceptos fundamentales" del Derecho Procesal. Conceptos que, como los personajes de Pirandello, se presentan inopinadamente en busca de un papel, que no tienen en realidad. Y que ante ese vacío empiezan a explicar su disparatada historia tratando de coordinarse en una trama simplemente imposible, aunque el atento espectador –igual que el procesalista– intente buscársela y hasta crea hallarla finalmente.

En nombre de la Ciencia que todos representamos, muchas gracias, Profesor Martín Ostos.

I. INTRODUCCIÓN

A veces el Derecho penal hace preguntas al Derecho procesal para las que puede parecer que éste no tiene respuesta. La dogmática penal ha elaborado

una riquísima teoría del delito¹ cuyo fin último es conocer, en pocas palabras, por qué o para qué existe el Derecho penal. Para ello es preciso saber qué es lo que se castiga, qué posibles causas de justificación pueden existir al hecho perpetrado que lesionó o puso en peligro el bien jurídico, y finalmente si existía un componente volitivo suficiente en el sujeto que merezca sanción. ¿Pero por qué ha de merecer un sujeto sanción? ¿Queremos castigar para “compensar” el mal realizado? ¿Queremos prevenir que sucedan hechos parecidos asustando con la pena? ¿Queremos castigar al individuo para que entienda que está mal lo que hizo y decida no volver a delinquir? Y además, ¿para qué hacemos todo ello? Si de lo que se trata es de conservar un estado de convivencia social satisfactorio en la medida de lo que, efectivamente, nos parezca razonable en cada momento, ¿qué es mejor? ¿Extirpar? ¿Tratar? ¿Curar? ¿Asustar? El Derecho penal lleva ya bastante tiempo formulándose, de un modo u otro, estas preguntas.

Varios autores han introducido la variable del proceso jurisdiccional en la discusión². Si convenimos pacíficamente en que sin proceso no hay pena posible, a fin de entender para qué sirve el Derecho penal será útil analizar también para qué sirve el Derecho procesal, pero... ¿el Derecho procesal se ha formulado la pregunta de para qué sirve?

Las líneas que seguirán describirán las respuestas que, de un modo u otro, se han dado al interrogante. Quedará por ver si algo de ello es aprovechable para la construcción de ese sistema integral, o se trata simplemente de una opción teórica sin relevancia práctica o, bien al contrario, encontrar esa idea guía común nos permitirá articular mejor la respuesta de todo este sector del ordenamiento.

Tómese en cuenta una advertencia previa. Es posible que no se hubiera entrado en este debate de no poseer el ministerio fiscal alemán las facultades

¹ Una aproximación general absolutamente diáfana puede verse en MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, Barcelona 2011, pp. 135 y ss.

² Vid. por todos AAVV (Wolter / Freund), *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid 2004. RAGUÉS VALLÈS, “La función del proceso en el sistema integral del Derecho penal: una valoración crítica del estado de la cuestión”, en AAVV (coord. Maqueda / Martín / Ventura), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid 2016, pp. 1203 y ss.

derivadas del principio de oportunidad (§§ 153 y ss. StPO)³, más frecuentes de lo que parece –un 27% de los casos⁴– a veces sorprendentes⁵ –aunque también benefactoras⁶–, de renuncia a la persecución penal, y que en ocasiones poco o nada tienen que ver, con frecuencia, con los fines del Derecho penal, y mucho menos con el Derecho procesal, sino con intereses simplemente políticos. A partir de ahí se han ido analizando los “obstáculos” que puede poner el proceso a la efectividad del Derecho penal, quizás desenfocando un tanto la cuestión, habida cuenta de que se han metido en el mismo saco instituciones de esencia muy dispar, como el sobreseimiento, la prueba, la prisión provisional y hasta la presunción de inocencia⁷.

Con todo, el estudio no ha dejado de ser provechoso, en el sentido de que se consiga o no ese sistema integral, siempre es útil saber por qué existen las instituciones del ordenamiento, dado que conocer esas razones ayuda a planificar mejor las reformas, por ejemplo. Además, el hallazgo de ese objetivo común puede comportar una benéfica función de estabilización teleológica de todo el sector que puede tener importantes beneficios sociales a largo plazo.

³ Sobre las mismas, vid. KÜHNE, Hans Heiner, *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2015, pp. 382 y ss.

⁴ Como reporta KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit., p. 382.

⁵ § 153d StPO. *Absehen von der Verfolgung bei Staatsschutzdelikten wegen überwiegender öffentlicher Interessen. (1) Der Generalbundesanwalt kann von der Verfolgung von Straftaten der in § 74a Abs. 1 Nr. 2 bis 6 und in § 120 Abs. 1 Nr. 2 bis 7 des Gerichtsverfassungsgesetzes bezeichneten Art absehen, wenn die Durchführung des Verfahrens die Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde oder wenn der Verfolgung sonstige überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. (2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann der Generalbundesanwalt unter den in Absatz 1 bezeichneten Voraussetzungen die Klage in jeder Lage des Verfahrens zurücknehmen und das Verfahren einstellen.*

⁶ Es especialmente interesante la derivada del § 154d StPO, porque de ser introducido en España, evitaría un sinnúmero de querellas malintencionadas: *Verfolgung bei zivil- oder verwaltungsrechtlicher Vorfrage. Hängt die Erhebung der öffentlichen Klage wegen eines Vergehens von der Beurteilung einer Frage ab, die nach bürgerlichem Recht oder nach Verwaltungsrecht zu beurteilen ist, so kann die Staatsanwaltschaft zur Austragung der Frage im bürgerlichen Streitverfahren oder im Verwaltungsstreitverfahren eine Frist bestimmen. Hiervon ist der Anzeigende zu benachrichtigen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen.*

⁷ Vid. WOLTER, Jürgen, “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, pp. 42 y ss, FREUND, Georg, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de Derecho penal”, pp. 108 y ss., ambos en AAVV (Wolter / Freund), op. cit.

II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO, LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL Y LA PROHIBICIÓN DE AUTOTUTELA

Lo más parecido a una búsqueda de los fines del Derecho procesal ha venido en España, Italia y América Latina –no propiamente en Alemania– del estudio de sus llamados “conceptos fundamentales”, así como en parte de los “principios del proceso”, en el que las categorías alemanas sí que han influido más modernamente⁸.

El primer estudio surge, en realidad, de una polémica entre civilistas –o romanistas– sobre el concepto de acción⁹, que después referiré, al que se fueron superponiendo las categorías de “jurisdicción” y “proceso”, con aportaciones también de la doctrina francesa¹⁰ en cuanto a este último concepto.

El estudio de los principios del proceso es, como se ha dicho, más reciente, aunque de origen mucho más antiguo¹¹. Pero conviene saber que dicho estudio es un simple atisbo, en muchas ocasiones, del de los derechos fundamentales del proceso, en especial el derecho de defensa¹².

⁸ JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, München 2011, p. 93. ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, München, 2010, pp. 395-396.

⁹ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Actio des römischen zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, MUTHER, Theodor, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in obligationen. Eine Kritik des windscheidschen Buchs “die Actio des römischen Zivilrechts”*, WINDSCHEID, Bernhard, *Die Actio. Abwehr gegen Theodor Muther*, Düsseldorf 1857. Las tres obras están recopiladas en un único tomo en facsímil por Scientia Verlag Aalen, 2ª ed. Darmstadt 1984.

¹⁰ DE GUENYVEAU, Arnault, *Du quasi contrat judiciaire*, Poitiers, 1859, pp. 13-14. DÉMOLOMBE, Jean Charles Florent, *Cours de Code Napoléon*, Livre troisième, tit. 30, “Des contrats ou des obligations conventionnelles en général”, cap. VI, Paris 1869.

¹¹ Vid. DURANDUS, *Speculum iuris*, cit. Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. pp. 784-785, aunque se remonta más atrás, hasta AZZONE (o AZO o AZÓN), *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea 1567, rúbrica XX, p. 237, y ACCURSIUS, e.a., *Corporis Iustinianaei Digestum Vetus, seu Pandectarum*, Vol. 6, Lyon 1604, p. 17: “*Iudex debet ferre sententiam, secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”.

¹² Lo explico en NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I. Introducción*, Madrid 2014, pp. 122 y ss.

Sin embargo, no ha habido un planteamiento global de todo ello como enfocado a un solo objetivo. Se ha dado por hecho que ese objetivo era obvio y existía, pero ciertamente no se ha reflexionado demasiado sobre el mismo. En el mejor de los casos se ha hablado de la “justa composición de la litis”¹³, o aún más en general y a vuelapluma de la “Justicia”, o hasta de la “paz social”. Pero la definición de lo que sea un conflicto o la misma justicia se ha ido dejando, en realidad, de lado, aunque haya existido debate al respecto¹⁴.

Sin embargo, sí ha habido una parte de los autores que anunciaron una conclusión que ha sido aceptada unánimemente y sin dificultad por toda la doctrina: el Derecho procesal tiene como fin la evitación de la autotutela, es decir, de la venganza privada¹⁵. De hecho, se acostumbra a describir el mundo antiguo como un lugar dominado por esa venganza o autogestión de los asuntos propios de naturaleza violenta. El proceso jurisdiccional trajo la heterotutela, el *actus trium personarum* de BULGARO¹⁶, que supera esa venganza simplemente unilateral –más bien bilateral– en beneficio del recurso a un tercero que resuelva el conflicto. Todo apunta a que dicho tercero en un principio pudo ser la propia comunidad en la que vivían los contendientes, que desempeñaba funciones que estaban entre la jurisdicción y la mediación¹⁷. Más adelante, o contemporáneamente –nunca lo sabremos–, el vulgo se sintetizó en una única persona o en un grupo de escogidos, lo que dio a luz a la figura del juez en su variedad de juzgador único o de jurado. Si lo hicieron por comodidad, para no implicar a toda la comunidad en el conflicto, o bien porque el tercero juzgador tenía prestigio o *auctoritas*¹⁸ o simplemente poder fáctico, tampoco lo sabemos

¹³ CARNELUTTI, Francesco, “Ancora sulla lite nel processo penale”, en *Studi di Diritto Processuale*, Padova, 1939, p. 58.

¹⁴ Vid. uno de los últimos en AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge 2009.

¹⁵ Vid. por todos SERRA DOMÍNGUEZ, “Jurisdicción”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1969, p. 21.

¹⁶ BULGARUS, *Summa de iudiciis*, pp. 20-21. Puede ser hallado en WUNDERLICH, Agathon, *Anécdota quae processum civilem spectant*, Göttingen 1841.

¹⁷ MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, trad. de Alier a la 1ª ed. de 1926, Barcelona 1982. PEÑA JUMPA, Antonio, “El poder judicial comunal aymara”, en: PEÑA JUMPA, Antonio / CABEDO MALLOL, Vicente / LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América*, Lima 2002, pp. 362 y ss.

¹⁸ CARRERAS LLANSANA, Jorge, “Las fronteras del Juez”, en: FENECH / CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1962, pp. 103 y ss.

ni probablemente lo sabremos. En lo que conocemos hasta ahora de la historia remota existen ejemplos de todas esas hipótesis.

Pero ello no importa para el reconocimiento de esa finalidad principal: el proceso es un mecanismo de evitación de la autotutela. Pero no se dice por qué se quiere evitar la autotutela, que sería lo lógico y lo que nos interesaría a los efectos de la construcción del sistema integral. Se da por obvio que la venganza, el tomarse la justicia por propia mano, genera muchos más conflictos, de manera que la sociedad se hace irrespirable. El inconveniente consiste en que es probable que la preservación de nuestro sistema de convivencia no sea una finalidad exclusiva del Derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico, lo que es, por cierto, muy fácilmente argumentable. Siendo así, la autotutela no sería más que una de las varias amenazas que existen a esa convivencia, probablemente una de las principales, pero en todo caso una más.

Además, no se puede dejar de lado que esa finalidad de evitación de autotutela, aunque posiblemente sea sólo un objetivo intermedio, encaja como un guante para explicar la finalidad de cualquier norma procesal. El objetivo de todas esas normas es favorecer la heterotutela, es decir, el trabajo de ese tercero, de manera que los ciudadanos no solamente no acudan, sino que no perciban la necesidad de acudir a la *Selbsthilfe*¹⁹. Para ello es fundamental la imparcialidad judicial, el derecho de defensa y la cosa juzgada. Lo veremos después.

Y con lo anterior podría darse el trabajo por acabado, ciertamente, al menos desde la perspectiva procesal. Sin embargo, conscientes probablemente de las carencias de la conclusión, los autores han ido bastante más allá, puesto que se han preguntado por el cometido de los principales conceptos procesales, más allá de la genérica evitación de la autotutela, lo que enlaza aún más con los estudios de la dogmática penal acerca de los fines del delito y la pena. Se analizará en los siguientes epígrafes.

III. FINALIDADES DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción es el concepto que explica la actividad del juez. SERRA DOMÍNGUEZ elaboró una de las definiciones más claras y difícilmente controvertibles

¹⁹ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 2.

de la doctrina cuando afirmó que la jurisdicción es la determinación irrevocable del derecho en el caso concreto, seguida en su caso de su actuación práctica²⁰. Se puede discutir cada palabra de esa definición, como se hará seguidamente, pero lo cierto es que ofrece una idea clara de lo que implica la jurisdicción: una declaración del juez con voluntad jurídica de imponerse.

La doctrina, italiana sobre todo, le dio bastantes vueltas al concepto, situándose fundamentalmente en torno a tres vértices, aunque en realidad, como veremos, se trataba de uno solo. Las opciones son que el juez con su labor actúe derechos subjetivos²¹, o bien que actúe el derecho objetivo²², o bien que cree derecho²³.

La opción subjetiva deja completamente al margen al Derecho penal precisamente, porque es una teoría pensada sobre todo en el derecho privado y en sus relaciones contractuales, en las que cada derecho va seguido de una obligación individual de cada parte. Pero no explica casi en absoluto qué hace un juez cuando trabaja con cualquier manifestación del Derecho público, salvo en parte el Derecho administrativo, en cuyo ámbito sí cabe hablar de derechos subjetivos de los ciudadanos.

Es por ello por lo que es descartable esta opción subjetiva, directamente conectada, como veremos, con la teoría concreta de la acción²⁴. No da una respuesta única al papel de la jurisdicción en el ordenamiento jurídico. Como reacción a la misma, aunque también muy claramente como reacción a la *Freirechtslehre*²⁵,

²⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., p. 50.

²¹ HELLWIG, Konrad, *System des deutschen Zivilprozeßrechts*. Reimpresión de la ed. de Leipzig, 1912. 1980, p. 2. "Dafür übernimmt der Staat die Pflicht, dem Privaten unter gewissen Voraussetzungen Rechtsschutz gegen Gefährdung oder Verletzung seiner Privatrechtsstellung zu gewähren".

²² CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Traducción de Santiago Sentís Melendo a la edición de Padova, 1943. Buenos Aires 1986, p. 202.

²³ SATTÀ, Salvatore (con Carmine PUNZI), *Diritto Processuale Civile*, Padova 1996, p. 14. Lo cual ya había sido intuído por otros juristas, v.g. CARNELUTTI, Francesco, "Nuove riflessioni sul giudizio giuridico", *Riv. di dir. proc. civ.* 1956, p. 104, "il giudizio non basta per fare la giustizia".

²⁴ WACH, Adolf, *Manual de Derecho procesal Civil*, Trad. de A. Banzhaf de la ed. de Leipzig de 1885. Buenos Aires, 1977, p. 42.

²⁵ KANTOROWICZ, Hermann (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906.

surgió en Italia la teoría objetiva²⁶, de forma menos irónica que el título de la *Reine Rechtslehre* de Kelsen²⁷, que también reclamaba el papel del Derecho objetivo²⁸. La misma defiende que el rol de la jurisdicción sería actuar el Derecho objetivo, intentando recuperar así el papel de los tribunales como cumplidores de la norma jurídica emanada del poder legislativo, el que representa la voluntad popular. De ese modo, el juez no puede ser un verso libre, sino que tiene que cumplir con los designios del legislador.

La teoría encaja perfectamente en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho penal, y por ello es defendida, expresa o tácitamente, por la mayoría de la doctrina, al llevar además la pátina de respeto de la división de poderes. Sin embargo, falla estrepitosamente en aquellos ámbitos en los que el ordenamiento jurídico carece de respuesta y recurre a la equidad o al simple buen criterio del juez²⁹. Es algo parecido a lo que, por ejemplo, sucede en el ámbito penal cuando se delega en el juez un amplísimo margen, no siempre claramente motivado, en la determinación de la pena a imponer³⁰. De hecho, ni siquiera el ordenamiento jurídico da razón de por qué un hecho delictivo es sancionado con una concreta pena, existiendo en este sentido una fenomenal imprecisión del legislador³¹, que por añadidura acaba recurriendo al juez para que establezca, casi intuitivamente, la pena concreta.

Pero pese a los esfuerzos de la teoría objetiva, en EEUU y en Italia acabaron surgiendo opciones que seguían, en el fondo y pese a sus diferencias, una idea base análoga de la Escuela del Derecho Libre. Tanto el realismo jurídico

²⁶ Nuevamente CALAMANDREI, *Instituciones*, cit., p. 202.

²⁷ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Wien 1934.

²⁸ Ese papel, e incluso la ironía –rayana con la indignación– se desprende claramente de las primeras palabras de la obra de KELSEN (*ibidem* p. 1): “*Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts. Des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung. Sie ist allgemeine Rechtslehre, nicht Interpretation besonderer nationaler oder internationaler Rechtsnormen. Als Theorie will sie ausschließlich, und allein ihren Gegenstand erkennen. Sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik*”.

²⁹ Pese a los denodados esfuerzos de CALAMANDREI, *Instituciones*, cit., p. 202, por evitar esa crítica.

³⁰ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 745 y ss.

³¹ WESEL, Uwe, *Fast alles, was Recht ist*, München 1994, p. 192.

americano³² como SATT³³ reconocen el papel creador del derecho del juez, surgiendo de este modo la opción creacionista de la jurisdicción. La misma parte de la base de que el legislador establece una serie de normas generales, el derecho objetivo. Pero esa vocación de abstracción no puede cubrir cada caso concreto que se plantea en la realidad, y por ello la labor del juez es fundamental en la determinación del derecho en ese caso concreto, lo que lleva a esta opción a argumentar que esa determinación no sería una simple adaptación hermenéutica del derecho objetivo, sino una auténtica creación de la norma jurídica³⁴, aunque sin esa vocación de generalidad del derecho objetivo.

No obstante, la teoría se refuerza al contemplar el papel creador del derecho de la jurisprudencia, incluso con vocación de generalidad, lo que es especialmente claro en el mundo anglosajón, pero que también se observa en el resto de tribunales cuando fuerzan una interpretación legal o incluso crean una solución para una multitud de casos concretos. Puede gustar más o menos, pero en esos casos se están creando normas jurídicas³⁵. Sucede también en el reino del principio de legalidad: el Derecho penal. El Tribunal Supremo, tomando el precepto del legislador, va estableciendo –o concretando– los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales, de manera que se restringe o se amplía el ámbito de la tipificación, como ha ocurrido en diversos supuestos como el del delito de prevaricación (art. 446 C.P.)³⁶ o el de desobediencia (art. 556 C.P.)³⁷. Aunque probablemente no debiera ser así, no hay otro remedio que acudir a la jurisprudencia para saber si el hecho es realmente delictivo.

Puede parecer que todas estas teorías, y otras intermedias, no sirven, sin embargo, para la construcción de ese sistema integral, porque se centran en averiguar qué hace el juez, y no por qué lo hace. Sin embargo, no es enteramente así. La opción subjetiva permite afirmar que el juez contribuye a la materialización

³² Vid. LLEWELLYN, Karl N., *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, New Brunswick 2008 (ed. original de 1962), pp. 4, 17-18.

³³ SATT, *Diritto Processuale Civile*, cit., p. 16.

³⁴ Lo reconoce hasta KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 79. “Die Funktion der sogenannten Rechtsprechung ist vielmehr konstitutiv, ist Rechtserzeugung im eigentlichen Sinne des Wortes”.

³⁵ Nuevamente KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 79.

³⁶ STS 228/2015, 21-4-2015, FD 3.

³⁷ STS 800/2014, 12-11-2014, FD 8.

de uno de los fines principales de varios sectores del ordenamiento: el cumplimiento de derechos subjetivos, lo que le da una vocación de generalidad. Con la opción objetiva sucede algo parecido. El juez ejecuta y hace cumplir la obra del legislador, producto principal del ordenamiento, papel que aparece decididamente reforzado con la opción creacionista, puesto que desde ese punto de vista el juez le daría la misma vida al ordenamiento jurídico, que no sería sino una voz apagada, como decía SATT³⁸, de no tener a alguien que le ayudara a pronunciar sus palabras.

Se podría llegar a concebir que el Derecho penal sigue un fin similar, dado que en el fondo sanciona a aquel que se aparta gravemente de dicho ordenamiento³⁹, dejándolo inservible. De ese modo, el Derecho procesal daría vida al ordenamiento, mientras que el Derecho penal evitaría que se le diera muerte.

La opción sería bastante original y hasta cierto punto integral, pero ignoraría que es difícil explicar que una parte del mismo ordenamiento es la que le da la vida al propio ordenamiento, o simplemente la conserva. Se podría acudir a una comparación con el cuerpo humano y sus órganos y miembros, en el que algunos permiten a la persona realizar actos materiales, como las manos, mientras que otros mantienen al sujeto con vida, como el corazón, el hígado o el cerebro.

Sin embargo, por sugestiva que parezca la metáfora, resulta, además, incompleta, puesto que deja al resto de ramas del derecho en un papel incomprensiblemente secundario⁴⁰, siendo que casi todas ellas también contribuyen a la evitación de conflictos y, por tanto, a la preservación del orden social. Ello resulta especialmente claro con el Derecho civil⁴¹, e incluso más con el Derecho administrativo y su omnipresente visión del interés general⁴².

³⁸ SATT (con PUNZI), *Diritto Processuale Civile*, cit., p. 14.

³⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 39-40.

⁴⁰ MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 40 y 41, se refiere a otro sector del ordenamiento con el mismo fin: el Derecho administrativo sancionador.

⁴¹ Muy claramente ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I*, vol. I, Barcelona 1985, p. 41. Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, vol. I, Madrid 2002, p. 33.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid 1992, p. 43.

Por tanto, no encontramos, con el estudio de la jurisdicción, ese objetivo que singularice al Derecho penal y al Derecho procesal penal como partes de un mismo ámbito del ordenamiento jurídico que compartan una finalidad. En consecuencia, es preciso seguir buscando.

IV. FINALIDADES DE LA ACCIÓN

Es posible que esa común finalidad surja, al menos en parte, de un estudio notoriamente infructuoso: el del supuesto concepto de acción⁴³. Si ello fuera así, por fin habrían tenido una finalidad, aunque inconsciente, una suma de doctrinas baldías.

El estudio del concepto se inició en Prusia con SAVIGNY⁴⁴, que recuperó para el Derecho actual una noción que, en realidad, sólo tenía sentido en el antiguo proceso formulario romano: la *actio*. Y de ese modo, dijo que la acción sería el derecho a la protección judicial que surge de la violación de un derecho⁴⁵, subjetivo, se entiende, puesto que el autor centraba sus conclusiones en el Derecho civil. Así definió SAVIGNY la acción en sentido material, puesto que en sentido formal la acción era la simple presentación de la demanda, y era el concepto entendido en tal sentido el único que encomendaba al Derecho procesal⁴⁶.

A partir de ahí, la doctrina mayoritariamente se enzarzó en un debate inútil sobre si la acción era independiente o no del derecho material, o bien si debía obedecer a la primera orientación de SAVIGNY (teoría concreta)⁴⁷ o a la segunda (teoría abstracta)⁴⁸. El debate, como es fácil deducir, no llevaba a ninguna parte.

⁴³ Personalmente he renunciado a incluir esta confusa e inconducente noción entre los conceptos fundamentales del Derecho procesal. Expongo las razones en NIEVA FENOLL, "Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional", en *Jurisdicción y proceso*, Madrid 2009, pp. 19 y ss.

⁴⁴ VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 6, reimprección de la ed. de Berlin 1847, Darmstadt 1974, p. 3.

⁴⁵ VON SAVIGNY, *System*, cit., p. 5.

⁴⁶ VON SAVIGNY, *System*, cit., pp. 5-6.

⁴⁷ WACH, Adolf, *Handbuch des deutschen Zivilprozeßrecht*, Leipzig 1885, pp. 21-22.

⁴⁸ PLÓSZ, Alexander, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig 1880, p. 4. DEGENKOLB, Heinrich, *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig 1877, p. 1.

Pero sin embargo, la definición de SAVIGNY, aún enfocada en el Derecho civil, nos dice entre líneas algo útil para los efectos ahora considerados: el Derecho procesal se pone en marcha cuando se viola el Derecho material, o simplemente se alega esa violación. Por tanto, desde esta perspectiva en cualquiera de las opciones doctrinales, el Derecho procesal sería, nuevamente, el agente protector del ordenamiento jurídico, desempeñando así una función tutelar.

Pero esa conclusión nos devuelve a los problemas anunciados en el epígrafe anterior: una parte de lo tutelado tutelaría lo tutelado, lo que no es más que una cacofónica tautología. Con esta opción, sin embargo, el Derecho procesal ya no daría vida al ordenamiento, sino que simplemente evitaría que muriera, lo que ya es coincidente con el fin del Derecho penal, abriéndose así la puerta a la constitución de ese sistema integral. De ese modo, Derecho penal y Derecho procesal se encargarían de lo mismo: de la protección del ordenamiento y desde la misma perspectiva.

No obstante, no se gana absolutamente nada suprimiendo el potencial creador del Derecho Procesal, a cambio de integrarlo en una función que, nuevamente, puede ser de todo el ordenamiento jurídico y no exclusivamente del Derecho penal o del Derecho procesal. Por tanto, esta opción, aunque consigue el fin de la integralidad, nos devuelve a un camino sin salida.

V. FINALIDADES DEL PROCESO Y DEL JUICIO JURISDICCIONAL

También se ha teorizado sobre el concepto de proceso. Los autores, intentando llenar de contenido jurídico un concepto que en buena medida bascula entre lo vulgar y lo cotidiano, compararon el proceso con un contrato⁴⁹, con un cuasicontrato⁵⁰, con una relación jurídica⁵¹ o incluso con un conjunto de "situaciones jurídicas"⁵², o incluso lo redujeron a mero procedimiento⁵³, confundiendo

⁴⁹ DÉMOLOMBE, *ibidem*.

⁵⁰ DE GUENYVEAU, Arnault, *Du quasi contrat judiciaire*, Poitiers, 1859, pp. 13-14.

⁵¹ VON BÜLOW, Oskar, *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*, Gießen 1868, pp. 1-2.

⁵² GOLDSCHMIDT, James, *Zivilprozeßrecht*, Berlin 1929, p. 4.

⁵³ FURNO, Carlo, "Intervento del prof. Carlo Furno, straord. dell' Università di Perugia", en *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile*, Padova 1953, pp. 110-112.

así ambas nociones. Pero finalmente, la opción que parece haber triunfado es la que no intenta comparar al proceso con nada, sino que sencillamente describe que es una sucesión de actos que tiene por finalidad emitir un juicio jurisdiccional⁵⁴. Tan simple como eso.

Con ello, el estudio nos aboca a un concepto diferente: el de juicio. Su definición no es controvertida, en el sentido de que se trata de la decisión del juez, aunque sí que se discute sobre su naturaleza⁵⁵. Pero ese estudio, aún siendo sin duda el más interesante y fructífero, no aporta nada desde la perspectiva que estamos considerando en este trabajo, por lo que no será tratado.

Pero sí cabe hacerse una pregunta que la doctrina pocas veces se ha formulado, y que daría respuesta a la cuestión del sistema integral: ¿para qué existe el juicio? Y es que justamente esta formulación sería probablemente más correcta que preguntarse para qué existe el Derecho procesal. Ya hemos visto que el Derecho procesal combate la autotutela, y que posibilita la emisión del juicio jurisdiccional. Ahora bien, ¿existe el juicio jurisdiccional simplemente para conjurar la autotutela? ¿O más bien cabría decir que el juicio jurisdiccional, como producto de la jurisdicción, persigue la determinación –o creación– del derecho en el caso concreto? Y si así fuera, ¿son ambas cosas incompatibles?

Desde la perspectiva del Derecho penal y su estricto principio de legalidad, en el proceso penal el derecho no se crea salvo en los casos antes referidos de indeterminación de la norma, en los que esa creación/determinación se hace inevitable, por lo que esa opción definitoria de la finalidad del juicio se hace difícil de mantener a ultranza. Pero sin embargo, sí queda subsistente la opción de la evitación de autotutela. Y es que esa finalidad, más que del Derecho procesal, es de su producto máspreciado, sin el que el mismo carecería de todo sentido: el juicio. Todo en el Derecho procesal está enfocado a emitir ese juicio, desde las mismas normas de procedimiento en sí mismas, pasando por las medidas cautelares o la prueba. Las normas de ejecución sirven para que el juicio sea eficaz, pero por ello no se separan de esa común finalidad. Hasta los derechos

⁵⁴ Hay referentes más modernos, pero el origen –no identificado– de esta definición está en PLÓSZ, *op. cit.*, p. 3 e incluso en VON BÜLOW, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁵ Por todos, DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1959.

fundamentales procesales, antiguos principios⁵⁶, sirven, como veremos, fundamentalmente a la correcta emisión del juicio.

Y el juicio es el producto de llamar a un tercero para que decida entre al menos dos partes que no han sido capaces de llegar a una transacción, para evitar que el enfrentamiento degenera en violencia. Ello, como se ha dicho, parece cuadrar bien con el Derecho penal, pero ha llegado el momento de decir que sólo en parte. En un delito de robo, por ejemplo, el Juez se sitúa entre quien robó y la persona a quien robaron, para evitar que el segundo quiera eliminar al primero, o simplemente recobrar por la fuerza lo robado, generando violencia.

Pero en otros muchos delitos no se da esa dualidad de sujetos. En un homicidio de un sujeto sin familia ni amigos, no hay peligro de que nadie quiera vengarlo. Pero lo mismo sucede en un delito de desobediencia, o de conducción bajo los efectos del alcohol sin resultado de muerte o lesiones (art. 379 C.P.). Y aún y así, en esos casos en los que en realidad no hay conflicto, se requiere la presencia del juez y el consiguiente juicio jurisdiccional. ¿Por qué?

Formulo esta pregunta, que puede parecer inconducente, porque en su respuesta está, en mi opinión, la clave de ese sistema integral. Se ha dicho hasta el momento que el Derecho penal necesita al juez para ser efectivo, pero no se ha explicado por qué. En realidad, el Estado podría imponer penas sin contar con los jueces. Históricamente lo ha hecho muchísimas veces y lo sigue haciendo. Pero entonces, ¿por qué se reclama la presencia del juez? Su presencia se hace imprescindible incluso en Estados dictatoriales, y no es simplemente para aparentar limpieza en el sistema, ni mucho menos.

La razón es intrigante, pero finalmente ofrece una respuesta clara a la constitución del sistema integral del Derecho penal, aunque más bien cabría decir del sistema punitivo, a fin de no escorar científicamente en la apariencia lo que en la esencia no es sólo Derecho penal. Ese respuesta merece un epígrafe aparte.

⁵⁶ Vid. NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal*, cit., pp. 122 y ss.

VI. EL JUEZ RESULTA IMPRESCINDIBLE... ¿PARA QUÉ?

Nuevamente tenemos que echar una brevísima mirada a la historia. A lo largo de la misma, como se vio, ha existido el juez-comunidad –la asamblea plenaria del núcleo humano–, el juez colectivo representante –el jurado– y el juez unipersonal⁵⁷. Pero con justicia o sin ella, casi siempre ha habido algo parecido a un juez, pese a que han existido épocas y momentos en que han sido suprimidos, como ya se dijo. Es decir, ese tercero parece antropológicamente omnipresente. ¿Por qué?

La razón es plenamente coincidente con la esencia generadora del proceso penal. Aunque los pueblos muchas veces eligen líderes, o bien permiten más o menos voluntariamente que se impongan, lo cierto es que la convivencia social es fruto de un consenso expreso o tácito entre los que deciden ser vecinos. Cuando ocurre algo que los vecinos rechazan⁵⁸, ese consenso generará la idea de querer averiguar la real existencia de ese algo, pero precisamente porque lo rechazan.

Como es sabido, el Derecho penal es probablemente el Derecho que es o debiera ser fruto de un mayor consenso⁵⁹, de manera que cuando lo sancionado no goza de aceptación social, el sistema entra en crisis si la fuerza de influencia de la norma sobre la *opinio iuris* no acaba por generar artificialmente ese consenso. Pero por un camino u otro, el consenso, como se ve, acaba teniendo relevancia prácticamente siempre.

Pues bien, a fin de expresar ese consenso en su máxima y más dura expresión, la sancionadora, los miembros de la comunidad deben buscar también ese consenso. Es posible que se genere ese consenso de manera espontánea, o más estructurada democráticamente, o bien que confíen plenamente en su líder, y junto a la labor de legislar y gobernar, le atribuyan también el poder de juzgar, más o menos voluntariamente. Pero incluso en este último caso, lo habitual es

⁵⁷ Vid. esta evolución en NIEVA FENOLL, “Ideología y justicia legal (con una hipótesis sobre el origen romano del jurado inglés)”, *Revista Ius et Praxis*, año 22, n. 1, 2016, pp. 59 y ss.

⁵⁸ “...determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables”, dice MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 39.

⁵⁹ Vid. GREEN, Stuart, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, Madrid 2013, pp. 337 y ss.

que existan jueces que, pese a poder ser de la confianza del líder, en puridad debieran ser de la confianza de la comunidad.

Y es que el Derecho penal es –o debiera ser en democracia– fruto de un consenso social sobre aquello que más se odia. Pues bien, la presencia del juez no es más que la necesidad de expresar en lo concreto ese consenso social. Porque una cosa es regular aquello que está castigado, y otra castigarlo efectivamente. En épocas remotas, el pueblo condenaba al reo a la exclusión, es decir, al destierro, y cuando ni siquiera eso les parecía suficiente, lo mataban. Pero se requería siempre ese consenso popular, al menos en comunidades pequeñas sin líderes claros que celebraban procesos asamblearios. De hecho, por las dificultades de hallar en ocasiones ese consenso se acudía al bestialismo de la ordalía⁶⁰, que igualmente gozaba de consenso por su enorme aceptación social fruto de la superchería⁶¹.

En consecuencia, el Derecho penal sería la plasmación *ex ante* de ese consenso. El Derecho procesal, la plasmación *ex post*. Pero ese consenso siempre está presente. Está ahí en los lugares democráticos, pero también en las dictaduras inducidas por la propia población, en las que la pereza mental de los habitantes provoca la aparición de reyezuelos de poder omnímodo que se aprovechan de esa abulia o temor ciudadanos en la labor de gobernar. Como ya se dijo, en las dictaduras impuestas, en realidad todo el sistema punitivo es pura apariencia. No existe el consenso, pero se anhela aparentarlo, porque los ciudadanos desean, pese a todo, que existan los jueces. Porque creen que en ellos verán reflejadas sus opiniones, es decir, su idea de lo justo. De ahí la visible incompreensión y frustración social que se produce cuando, eventualmente, el juez no decide según lo que pensaban los ciudadanos, sino según la prueba que ha observado y lo que le ordena el Derecho penal, es decir, correctamente. A pesar de lo acertado del proceder judicial los ciudadanos sienten, sin saberlo, que se ha roto el consenso, que es la principal fuente generadora de su idea de justicia.

En realidad, todo en sociedad parte de ese consenso. La regla de convivencia básica es, como ha descrito la Psicología, “haz lo mismo que todos, y todo irá

⁶⁰ PATETTA, Federico, *Le ordalie*, Torino 1890, pp. 3 y ss.

⁶¹ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Lynch de la ed. de Río de Janeiro 1978, Barcelona 1996, pp. 61-62.

bien"⁶². Se vuelve, por tanto, a la idea del consenso expreso, tácito o forzado, pero consenso al fin. Esa es, en realidad, la justicia, que fundamentalmente es lo que a los ciudadanos de una comunidad les parece justo en un momento dado, aunque a otros observadores no nos lo parezca. Y el llamado a aplicarla es el mismo pueblo, si es pequeño, y cuando ello es demográficamente imposible aparecen los jueces, como sujetos encargados de la expresión de ese consenso.

En consecuencia, Derecho penal y Derecho procesal penal por fin confluyen. Son sectores del ordenamiento que reflejan con mucha claridad –bastante más que el resto– la existencia de esos consensos sociales. De ahí que los Derechos penal y procesal lleguen a un mismo fin y estén condenados a entenderse.

Resumiendo todo lo anterior en una frase breve: la finalidad de Derecho penal y del Derecho procesal es exactamente la misma: la generación y custodia del consenso social. El primero como respetada rama del Derecho que estudia el sector del ordenamiento de la "*ultima ratio*" y que explica el consenso social y lo racionaliza. El segundo hace efectivo dicho consenso, recreándolo en el caso concreto. Pero para ello es necesario que el juez esté en las mejores condiciones de recoger ese consenso, ayudando a esa misma racionalización a través de la aplicación de otro sector clave del ordenamiento: los derechos fundamentales. Ahí es donde el estudio de los principios procesales y, como digo, la protección de los derechos fundamentales, desempeñan un papel absolutamente vital, sólo incidentalmente destacado por la doctrina. Lo veremos en el siguiente epígrafe.

VII. EL PAPEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS ANTIGUOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL CORRECTO DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Los derechos fundamentales existen como barrera de los ciudadanos para defenderse del omnímodo poder del Estado. Ello está suficientemente demostrado y no es preciso insistir en ello. Basta recordar que las declaraciones de derechos más importantes se han desarrollado como reacción a poderes injustos: la *Bill of Rights* inglesa de 1689 se promulgó tras la Revolución Gloriosa de 1688, que eliminó el poder absoluto del rey en favor del parlamentarismo. La Declaración de

⁶² Tremendo aserto de GIGERENZER, *Decisiones intuitivas*, Barcelona 2008, p. 212.

Virginia de 1776 fue la antesala de la Declaración de Independencia de los EEUU. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano llega en 1789, tras la Revolución Francesa, que liquida la monarquía absoluta y el feudalismo. Y la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobreviene en 1948, es decir, poco después de la derrota de terribles totalitarismos en la II Guerra Mundial.

Sin embargo, en materia procesal poseen una finalidad adicional. Simplificando al máximo esos derechos, cabe decir que consisten básicamente en una trilogía: imparcialidad, defensa y cosa juzgada⁶³. Pues bien, sobre todo los dos primeros derechos están enfocados a que la función judicial pueda prestarse con excelencia, de manera que el juez pueda captar debidamente el consenso antes citado, de manera que dicte una sentencia que los ciudadanos perciban como justa, o bien que deba serlo porque se ajusta al ordenamiento jurídico, que es o debe ser fruto de otro consenso, lo que es –o debiera ser– especialmente evidente en materia penal.

A fin de realizar su labor con pulcritud, el juez debe averiguar también correctamente la realidad. Mala aplicación de la ley sería la que se realizara sobre un supuesto de hecho falso. Pues bien, los derechos fundamentales contribuyen a guiarle y darle algunos apoyos para que no se desvíe del camino. Para entenderlo, hay que tener en cuenta que el juicio jurisdiccional, esencialmente, es una decisión del juez. Y como argumenta la psicología cognitiva, cualquier decisión suele estar basada en heurísticos que pueden provocar sesgos, que son los que llevarán al juez a una decisión errónea⁶⁴.

Es por ello por lo que se exige que el juez sea imparcial, a fin de aislarle de sus emociones sobre el asunto o las partes, que pueden hacerle entrar en el peligroso heurístico de afección⁶⁵. Igualmente se le exige que respete el derecho a la defensa, a fin de que en las diferentes fases del proceso tenga en cuenta

⁶³ Lo explico en NIEVA FENOLL, *Derecho procesal*, cit., pp. 125 y ss.

⁶⁴ Vid. KAHNEMAN, Daniel / SLOVIC, Paul / TVERSKY, Amos, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, *passim*.

⁶⁵ FINUCANE, M.L. / ALHAKAMI, A. / SLOVIC, P. / JOHNSON, S.M., "The Affect Heuristic in Judgment of Risks and Benefits". *Journal of Behavioral Decision Making* 13 (1), Enero 2000, pp. 1 y ss. SLOVIC, P. / FINUCANE, M. / PETERS, E. / MACGREGOR, D., "Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk, and Rationality". *Risk Analysis* 24 (2), 13-4-2004, pp. 311 y ss.

lo que aleguen las partes, y no únicamente su propia opinión. En realidad es exactamente lo mismo que apuntaron glosadores y autores posteriores cuando le decían que juzgara *secundum allegata et probata –partium– et non secundum conscientiam suam*⁶⁶. Justamente ese brocardo dio origen al principio dispositivo, y más exactamente al principio de aportación de parte⁶⁷. Con estos principios, fundamentales y origen de casi todos los demás que después describió la doctrina, lo que se pretendía es que el juez escuchara a las partes, es decir, que permitiera su defensa, lo que no ocurre cuando se hace un uso abusivo de los principios de oficialidad e inquisitivo, que llevados a ultranza suponen la denegación de la defensa y el consiguiente aislamiento del juez en su propio criterio, lo que está muy bien descrito por los sesgos egocéntrico⁶⁸ y de confirmación⁶⁹. Con los mismos, el juez cree que todo el mundo es de su opinión, y además no solamente no la cambia, sino que reinterpreta erróneamente todas las informaciones que recibe en apoyo de su tesis, aunque rectamente le deberían llevar a un cambio de opinión.

Por consiguiente, ignorando la imparcialidad y la defensa, el juez ignora el consenso social y se forma una idea equivocada del existente. No escucha a las partes, fuentes informadoras principales del consenso en el proceso, o al menos de sus posibles versiones, dado que las mismas deben ser completadas con lo que declara el ordenamiento, naturalmente. Y de ese modo, el único “consenso” que tiene en cuenta el juez es el que está en su mente. Es decir, lo que debiera ser una decisión de la comunidad, se convierte en la decisión individual de un falso representante.

De ese modo, también desde la teoría general de los derechos fundamentales, e incluso de la más antigua de los principios, se comprueba que la orientación

⁶⁶ Nuevamente ACCURSIUS, e.a., *Corporis Iustinianaei Digestum Vetus, seu Pandectarum*, Vol. 6, Lyon 1604, p. 17: “*Iudex debet ferre sententiam, secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”.

⁶⁷ NIEVA FENOLL, La cattiva reputazione del principio inquisitorio, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, vol. 68, n. 3, 2014, pp. 943 y ss.

⁶⁸ ARTIETA PINEDO, Isabel / GONZÁLEZ LABRA, María José, “La toma de decisiones”, en GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, Madrid 2005, p. 344.

⁶⁹ MYERS, David G., *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de Guillermo Solana de *Intuition: its power and perils*, New Haven y Londres 2002, Barcelona 2003, p. 175.

del consenso es correcta. Por fin, más allá de la evitación de la autotutela o del mantenimiento de un estilo de convivencia, se llega a la conclusión de que un sistema integral punitivo debe regirse por la idea única de consenso. Del consenso para elaborar los tipos penales se encarga el Derecho penal. De su correcta plasmación en el juicio jurisdiccional se encarga el Derecho procesal. Ambos son imprescindibles recíprocamente. Sin juicio, el Derecho penal es letra muerta. Sin Derecho penal, las posibilidades de elaboración de un falso consenso se multiplicarían. Aunque la mente judicial esté debidamente informada por las partes y por su propia formación esté en condiciones de emitir un juicio correcto, sin esa guía que supone el Derecho penal, en comunidades relativamente complejas se disgregaría absolutamente el sentido de lo justo, dado que cuanto más numerosa es esa comunidad, mayores discrepancias pueden surgir, especialmente en un aspecto tan sensible como aquello que más rechaza una sociedad. Se perdería, en definitiva, una idea coherente de lo justo, lo que quebraría finalmente la supervivencia del grupo, surgiendo la autotutela y rompiéndose la convivencia. De ahí la necesidad de existencia de la norma penal uniforme y de un juez que la aplique y, eventualmente, la complete en las mejores condiciones.

VIII. LAS INSTITUCIONES PROCESALES Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO PENAL

Descubierto, por tanto, ese fin único de ambas ramas del Derecho, resta solamente pronunciarse por las supuestas interacciones –o interferencias– que ha denunciado la doctrina⁷⁰. Me centraré sobre todo en el sobreseimiento, la prueba y la presunción de inocencia como aspectos comunes a cualquier ordenamiento jurídico.

En cuanto al sobreseimiento, en absoluto puede observarse como una barrera al Derecho penal. Los hechos dejan de perseguirse cuando la ley penal no los tipifica como delito, o bien cuando esa misma ley prevé causas de inimputabilidad que hacen imposible la sanción⁷¹. Nada de ello es obstáculo, sino mera ejecución procesal de lo que dice el Derecho sustantivo.

⁷⁰ WOLTER, *Estudio*, cit., pp. 31 y ss.

⁷¹ Vid. por ejemplo el art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española o el art. 177 del CPP francés.

Más dudas pueden surgir en los supuestos de sobreseimiento por no existir evidencias suficientes para juzgarlo⁷², lo que enlaza con la cuestión de la prueba. Sin embargo, tampoco ese sobreseimiento, libre o provisional, constituye obstáculo alguno a la norma penal. Bien al contrario, cumple plenamente con un principio orientador, convertido por algunas constituciones incluso en derecho fundamental, y que constituye la clave de bóveda esencial de todo el sistema: la presunción de inocencia, que desde luego puede citarse en su más antigua acepción de *in dubio pro reo*. Actualmente ya no existen dudas de que ambos principios son exactamente el mismo⁷³. Pero más allá de eso, fijémonos que con la presunción de inocencia de lo que se trata es de eliminar de la mente judicial un consenso social especialmente nocivo: el prejuicio social de culpabilidad, extendidísimo en cualquier latitud del mundo⁷⁴.

Pues bien, si se pudieran llevar adelante procesos que solamente están basados en conjeturas, en hipótesis que pueden tener confirmación simplemente intuitiva, pero en ningún caso empírica, la presunción de inocencia no estaría siendo respetada. Se estaría perjudicando al reo con una pena de banquillo, una incertidumbre y la consiguiente desazón que sólo serviría para dañarle innecesariamente, y quizás para satisfacer el ánimo inquisitorio de algunos de los sujetos del proceso, así como de ciudadanos tan paranoicos como dichos sujetos. Si utilizados todos los esfuerzos del fenomenal aparato investigador del Estado resulta que no se descubren evidencias suficientes de un hecho, el mismo debe dejar de ser perseguido, porque de lo contrario la presunción de inocencia sería irremediablemente vulnerada, lo que resulta absurdo desde el punto de vista de la misma esencia de la norma penal.

En consecuencia, esas interacciones entre el proceso y el Derecho sustantivo no se traducen, en absoluto, en interferencias, sino que sólo son piezas de un mismo sistema, ese sistema integral del que, en conclusión, se hablará en el último epígrafe. Sí son interferencias, en cambio, y como ya se advirtió, las generosas posibilidades de renuncia a la acción penal del ministerio fiscal alemán. Dejar de perseguir hechos porque el delincuente sea joven puede estar justificado, no

⁷² Art. 641 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que provoca un sobreseimiento provisional. En Alemania, en cambio, en estos casos el sobreseimiento es libre (§ 203 StPO).

⁷³ Lo explico en NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, Madrid 2013, pp. 62 y ss.

⁷⁴ Vid. NIEVA FENOLL, *ibidem*, p. 102.

sólo por razones de política criminal, sino por evidencias neurocientíficas⁷⁵. No hacerlo por motivos políticos es simplemente un fraude al consenso social del que venimos hablando.

IX. ¿ES POSIBLE UN SISTEMA INTEGRAL DEL DERECHO PENAL?

No sólo es posible ese sistema integral, sino que resulta totalmente ineludible. Es probable que algunas disposiciones legislativas puntuales hayan podido resultar sorprendentes a ese fin, pero finalmente parece completamente claro que siendo el proceso el cauce a través del cual se actúa el Derecho penal, no pueden existir incoherencias entre uno y otro.

De ese modo, teniendo claro el objetivo común de ambos derechos –la averiguación del consenso social en torno a lo más rechazado–, como ya se anunció, se hace más fácil planificar las reformas legislativas y hasta la propia configuración de la jurisdicción penal. Desde ese punto de vista, no se pueden tipificar hechos que la sociedad no rechaza, porque encontrarán problemas en la elaboración de la convicción judicial, lo que amenaza con distorsionar todo el modelo. No se podrá caer en el populismo punitivo, porque el supuesto consenso derivado de declaraciones políticas repugnantes no es más que el producto de una manipulación puntual.

Pero podremos decidir, además, qué formación debe tener el juez, a fin de que consiga captar perfectamente esos consensos en cada momento, igual que el legislador, por cierto. Y también se podrá decidir, desde esta perspectiva, si el jurado es un válido representante de la voluntad popular en sociedades numerosas y complejas, o más bien se trata de una reliquia histórica que se convierte en simple farsa representativa en la práctica, víctima además de toda clase de prejuicios.

Por último, cabrá concretar cómo debe ser la respuesta del sistema. Será necesario identificar definitivamente a la pena como una actividad netamente ejecutiva, lo que ayudará a reflexionar, no solamente sobre sus fines, sino sobre

⁷⁵ Vid. sobre el tema POZUELO PÉREZ, Laura, “Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente”, *InDret* 2/2015, pp. 1 y ss.

sus posibilidades en el sistema de que se trate. Será posible concretar si se sigue tratando de un castigo basado en el Talión, que nuevamente vuelve a estar construido sobre un consenso social viciado, muy inestable y reminiscente de la venganza o autotutela que el Derecho procesal intenta evitar, o más bien cabría decir que hoy en día, cuando probatoriamente podemos conocer el estado mental de un reo a través de diversas pericias, la pena –que quizás debería dejar de llamarse así– debe ser más bien un tratamiento que ayude, no ya a reintegrar al individuo a la sociedad, sino a adecuar su comportamiento futuro a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, entendiendo por qué su conducta es antisocial, existiendo otras vías para conseguir la satisfacción personal, siempre que ello sea científicamente posible, así como procesalmente viable en función de la infraestructura existente en cada territorio.

Restará, finalmente, averiguar qué podemos hacer con los inimputables irreperables y con los menores. Más allá del Derecho, debe hablar la psiquiatría⁷⁶ y la neurociencia en estos casos extremos, dictando cuáles son los tratamientos –nuevamente los tratamientos– acertados. El sistema integral tendrá que posibilitar la materialización de aquello que diga la ciencia médica⁷⁷.

⁷⁶ Pese a sus imprecisiones, que destaca RAGUÉS i VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona 1999, p. 230.

⁷⁷ Publicado en *Polít. crim.* Volumen 12, Número 22, Julio 2017.

A VUELTAS CON EL DERECHO A LA EJECUCIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA*

Virtudes Ochoa Monzó

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Alicante)

Sumario: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. LOS CONTORNOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. 1. La destacada relevancia del derecho a la ejecución: la efectividad de la tutela judicial. 2. La naturaleza del derecho a la ejecución. 3. La adecuada satisfacción del derecho a la ejecución. A) Previo: el respeto a la intangibilidad e inmodificabilidad de lo juzgado. B) El principio de identidad o la ejecución en sus propios términos.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional vino a constatar, hace ya bastantes años en los que fueron sus primeros pronunciamientos en la materia, que la ejecución de sentencias representaba una cuestión de capital importancia para la efectividad del propio Estado¹ –social y democrático de Derecho–, de forma tal que cabía cuestionar su misma existencia si las sentencias y demás resoluciones judiciales quedaban incumplidas o inejecutadas. Hoy, años después, la máxima sigue siendo válida, sin que el transcurso del tiempo, desde aquella temprana proclamación, haya menguado su relevancia ni restado un ápice de protagonismo a un tema, como el de la ejecución de las sentencias –y demás resoluciones judiciales– en tan clara conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española –en adelante, CE–. Lo dicho es una realidad que podemos constatar, sin duda alguna, pese a los años transcurridos, o precisamente por ellos, si realizamos una lectura positiva del mismo derecho y observamos la continuada línea que ha mantenido el Tribunal Constitucional en la paulatina conformación y configuración del derecho a la ejecución, de sus

¹ STC 67/1984, de 7 de junio.

contornos, su alcance, significado y contenido, en una labor de acomodo al variable mundo del derecho y a la complejidad de los asuntos en los que encuentra su trasfondo toda la elaboración doctrinal del TC en la materia. Continuidad que se ha visto traducida y ha dado sus frutos en toda una consolidada doctrina que ha ido reafirmando y corroborando las primeras declaraciones del Alto Tribunal, así como perfilando de forma cada vez más nítida los trazos o contornos del derecho a la ejecución hasta nuestros días.

Quizás, y precisamente por ello, la consolidada doctrina constitucional contribuyó a que las sombras que pudieron presentarse en torno a la ejecución en sus inicios –especialmente en el ámbito doctrinal– fueran disipándose y clarificándose a la luz de la rotunda doctrina acerca de la configuración de la ejecución de las resoluciones judiciales como un derecho fundamental, al integrarse en el propio art. 24.1 CE de la tutela judicial efectiva, como necesario corolario de la potestad jurisdiccional que consagra el art. 117.3 CE y atribuye a los Juzgados y Tribunales “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”; doctrina que vino a determinar y reafirmar que la ejecución también es y forma parte de la potestad jurisdiccional y que presenta una especial y marcada relevancia en el sistema legal y judicial. Una potestad jurisdiccional que se ejercita, en un primer momento, a través del proceso declarativo que finaliza, normalmente, con una resolución de fondo que resuelve las pretensiones introducidas por las partes, produciéndose la declaración jurisdiccional de certeza del derecho acerca de la existencia o inexistencia del mismo² mediante el conocimiento del órgano jurisdiccional y posterior emisión de la resolución judicial –cuyo contenido deberá ser acatado por la parte frente a la que se haya dictado–; pero que no finaliza con esta declaración puesto que, superado ya el viejo aforismo latino *iurisdictio in sola notione consistit*³, es innegable e incontestable que la potestad jurisdiccional no acaba con la declaración del derecho sino que se extiende –y se integra de forma necesaria como un todo– a la fase de

² CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I (traducc. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1973, pág. 162.

³ Aforismo que, según SATTÁ, representó un grave error, porque quien niega la jurisdicción de la ejecución olvida simplemente la organización del respectivo proceso, *Jurisdictión*, en «Derecho Procesal Civil (Soliloquios y coloquios de un jurista)», Vol. III (traducc. de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa), Buenos Aires, 1971, págs. 298-300.

ejecución⁴, como ya se consagra en el art. 117.3 de la Constitución y se reafirma en el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, preceptos que regulan la potestad jurisdiccional y la atribuyen, exclusivamente, a Jueces y Tribunales mediante las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁵ con claro respeto de la obligación general regulada en el art. 118 de la Constitución Española del cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes.

La satisfacción del litigante que obtiene una sentencia favorable puede producirse, sin más, si el vencido cumple de forma voluntaria con el fallo, pero cuando ello no sucede y el obligado al cumplimiento lo inobserva es entonces cuando se hace preciso el despliegue de la ejecución, con carácter forzoso, para procurar al litigante la satisfacción de lo declarado a su favor en la resolución judicial y lograr, así, la efectividad de lo establecido, siendo necesaria una actuación posterior del órgano jurisdiccional⁶ con el fin de hacer efectiva la resolución judicial.

Es, pues, la garantía de la efectividad la que preside y arroja a la ejecución y si hablamos de efectividad, ello nos reconduce inevitable e inexorablemente a la eficacia o, aún a riesgo de ser redundantes, a la efectividad de la tutela judicial que consagra el art. 24.1 de la Constitución, la cual se integra con el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales –firmes– como de forma

⁴ Como función típica que configura al proceso como instrumento de satisfacción jurídica, como ya fue declarado por FAIRÉN GUILLÉN, V., *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en «Rev.Der.Proc.Ib.», 1969, núm. 1, págs. 17 y ss.: “(...) una de las notas es que la satisfacción ha de ser práctica o real, para lo cual se arbitra una segunda fase en el proceso con el fin de adecuar los hechos al exterior, a la realidad. Aparece así la ejecución forzosa (...)”; y también en *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Barcelona, 1990, págs. 24 y ss.

⁵ Aunque, con acentuada intervención de otros órganos, como el Letrado de la Administración de Justicia quien, si lo prevén las leyes procesales, tendrá competencia en materia de ejecución, salvo aquellas que exceptúen las propias leyes procesales por estas reservadas a los órganos jurisdiccionales –cfr. art. 456.6 a) LOPJ–.

⁶ Es por ello por lo que, tradicionalmente, la doctrina catalogó a la ejecución como una «actividad sustitutiva» de la conducta que debió haberse cumplido por el deudor o ejecutado. Entre otros, CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, 1947, págs. 32 y ss.; DE LA OLIVA, A., *Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil*, en «La Ley», núm. 4, 1981, págs. 932 y ss.; FERNÁNDEZ, M.A., *El proceso de ejecución*, Palma de Mallorca, 1962, pág. 24; MONTERO AROCA/FLORS MATÍES, *Tratado del proceso de ejecución civil*, Tomo II, Valencia, 2004; pág. 1391; SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Pamplona, 1986, pág. 68.

clara ha establecido, desde sus primeros y más tempranos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional.

II. LOS CONTORNOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

1. La destacada relevancia del derecho a la ejecución: la efectividad de la tutela judicial

Establece el art. 24.1 de la Constitución Española que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*. Derecho –a la tutela judicial efectiva– que aparece recogido entre el elenco de los llamados fundamentales y está integrado, según ha determinado la jurisprudencia constitucional, por todo un conjunto de derechos que la dotan de contenido⁷. Un contenido complejo y estructurado que incluye, entre otros, el derecho a la ejecución de las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales, de tal modo que la efectividad y alcance real de la tutela judicial del 24.1 CE pasa, en última instancia y siempre que sea necesario, por la ejecución de las sentencias y otras resoluciones judiciales. No es por ello extraño que estando comprometida la propia eficacia de la tutela judicial y del proceso, la Constitución Española haya previsto, además, en el art. 118 la obligación, con alcance general, del cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, e igualmente la de prestar la colaboración requerida por los órganos judiciales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto⁸. Previsión que se reitera y completa en el art. 17 de la Ley Orgánica

⁷ El Tribunal Constitucional ha conformado a lo largo de los años, en innumerables resoluciones, el contenido del fundamental derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, integrando en él todo un conjunto de “manifestaciones”, en palabras de ASENCIO MELLADO, entre las que contiene las siguientes: derecho de acceso al proceso; derecho a una resolución de fondo, fundada en derecho motivada y congruente; derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales –en relación con la adopción de medidas cautelares– y, por último, el derecho a los recursos legalmente establecidos. Véase, *Introducción al Derecho Procesal*, obra conjunta (dir. Asencio Mellado/ coord. Fuentes Soriano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 165 y ss.

⁸ Previsión constitucional que se ha visto reflejada en el actual proceso de ejecución de sentencias regulado en la LEC de 2000, en donde se acude a la instauración de auténticos deberes de colaboración en la ejecución, por ejemplo, en la fase de localización de bienes a efectos de practicar el embargo –cfr. arts. 589 y ss. LEC–.

del Poder Judicial, en especial, en su segundo apartado, que determina el obligado cumplimiento de las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes "por las Administraciones Públicas, las autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas"; y, también, la obligación de todos de prestar colaboración ante los requerimientos de los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones previstas en la CE y en la ley –art. 17.1 LOPJ–.

Prueba, además, de la destacada relevancia que presenta la ejecución la encontramos en la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984, de 7 de junio en la que determina, sin ambages, que la ejecución de las sentencias *es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho* que proclama el art. 1 de la CE y que se refleja *en la sujeción de los ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad –en caso de conflicto– se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial –arts. 117 y ss. de la CE– que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes*, de modo que *difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes*⁹. Por ello, el respeto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento ocupa un lugar central en el Estado de Derecho proclamado en la Constitución¹⁰, quedando todos los sujetos vinculados al ordenamiento jurídico y a las decisiones adoptadas por los órganos judiciales, no solo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado¹¹, vinculación que, en especial, alcanza a los propios poderes públicos, siendo particularmente grave cuando este deber de cumplimiento y colaboración es incumplido precisamente por ellos¹².

⁹ Reiterada, entre otras, en las SSTC 15/1986, de 31 de enero; 92/1988, de 20 de junio; 28/1989, de 6 de febrero; 207/1989, de 14 de diciembre; 73/1991, de 8 de abril; 85/1991, de 22 de abril; 153/1992, de 19 de octubre; 34/1993, de 8 de febrero; 251/1993, de 19 de julio; 298/1994, de 14 de noviembre; 166/1998, de 15 de julio; 110/1999, de 14 de junio; 73/2000, de 14 de marzo 197/2000, de 24 de julio; 86/2005, de 18 de abril.

¹⁰ STC 197/2000, de 24 de julio.

¹¹ STC 73/2000, de 14 de marzo.

¹² STC 298/1994, de 14 de noviembre. Y, en estos casos, y si la sentencia se incumple por la Administración *el órgano judicial deberá adoptar las medidas que considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado, precisamente porque "desde la perspectiva constitucional (...) corresponde exclusivamente al mismo [al órgano judicial] hacer 'ejecutar lo juzgado' de acuerdo con las Leyes y requerir las colaboraciones que estime precisas"*. STC 92/2013, de 22 de abril que sigue la doctrina implantada en la STC 67/1984, de 7 de junio.

2. La naturaleza del derecho a la ejecución

Los primeros pasos de andadura en la conformación y configuración del derecho a la ejecución podemos situarlos, por su trascendencia, en la paradigmática sentencia 32/1982, de 7 de junio, en la que el Tribunal Constitucional estableció que *el derecho a la tutela efectiva que el artículo 24.1 de la Constitución consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia (...), ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho (...). Exige también que el fallo judicial se cumpla y, en su caso, que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.*

Así, la sentencia citada se sitúa en el inicio de lo que representará con posterioridad una asentada y consolidada doctrina constitucional en la integración de la ejecución de las resoluciones judiciales como uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE¹³; un claro componente garantista de la necesaria, pretendida y ansiada efectividad de la tutela judicial que vino a consagrar que solo cuando se cumplen las resoluciones judiciales firmes *el derecho al proceso se hace real y efectivo* de modo tal que si así no fuera *aquel derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria*¹⁴, quedando las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que comportan en favor de alguna de las partes convertidos en *meras declaraciones de intenciones*¹⁵, y de *reconocimiento de derechos sin alcance práctico*¹⁶.

¹³ A título de ejemplo, SSTC 144/2000, de 29 de mayo; 176/2001, de 17 de septiembre; 3/2002, de 14 de enero; 140/2003, de 14 de julio; 190/2004, de 2 de noviembre; 86/2005, de 28 de abril; 47/2006, de 13 de febrero; 22/2009, de 26 de enero; 92/2013, de 22 de abril; 231/2015, de 5 de noviembre; 15/2020, de 28 de enero.

¹⁴ SSTC 166/1998, de 15 de julio y 73/2000, de 14 de marzo.

¹⁵ Entre otras, SSTC 32/1982, de 7 de junio; 152/1990, de 4 de octubre; 73/1991, de 8 de abril; 107/1992, de 1 de julio; 251/1993, de 19 de julio; 202/1998, de 14 de octubre; 108/1999, de 14 de junio; 73/2000, de 14 de marzo; 144/2000, de 29 de mayo; 197/2000, de 24 de julio; 176/2001, de 17 de septiembre; 3/2002, de 14 de enero; 146/2002, de 15 de julio; 116/2003, de 16 de julio; 140/2003, de 14 de julio; 190/2004, de 2 de noviembre; 86/2005, de 18 de abril; 10/2013, 28 de enero; 231/2015, 5 de noviembre.

¹⁶ STC 197/2000, de 24 de julio; 202/1998, de 14 de octubre.

Pero, la repercusión de la doctrina constitucional es mayor de lo que a simple vista pudiera pensarse, ya que el reconocimiento de la ejecución como uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva del 24.1 CE, le hace participar de la naturaleza fundamental del derecho en el que se integra, viniendo así de este modo a otorgar y reconocer al particular un *derecho subjetivo*¹⁷ *de carácter fundamental* a la ejecución de las resoluciones judiciales una vez alcanzada firmeza¹⁸. Y, al propio tiempo, caracteriza a la ejecución, igualmente, como un derecho *de configuración legal* que participa de la naturaleza de *derecho de prestación*¹⁹ –propia de aquel en que viene integrado– y que se tiene frente al legislador, al igual que el resto de los derechos fundamentales²⁰. En consecuencia, y participando el derecho constitucional a la ejecución de la naturaleza del derecho de prestación es por lo que, según el TC, corresponde al legislador establecer las condiciones concretas para su ejercicio, de tal forma que *el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes puede ser sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación*²¹, *claro está, siempre y cuando sean razonables y proporcionados respecto a los fines que lícitamente pueden perseguirse en el marco de la Constitución*²² para proteger otros bienes constitucionalmente reconocidos, al igual que sucede con

¹⁷ Cfr. SSTC 219/1994, de 18 de julio; 298/1994, de 14 de noviembre; 166/1998, de 15 de julio; 190/2004, de 2 de noviembre; 86/2005, de 18 de abril.

¹⁸ En principio, como establece el propio art. 118 CE, la ejecución solo es predicable de las sentencias y demás resoluciones firmes. También el TC en tempranas resoluciones se refirió a dicha cuestión, de forma expresa –SSTC 67/1984, de 7 de junio y 109/1984, de 26 de noviembre– en las que, tras reiterar el contenido del art. 118 CE, declara, no obstante que “(...) esta formulación constitucional no impide que el legislador establezca supuestos de firmeza potencialmente debilitada, como sucede con los recursos extraordinarios y otros que podrían citarse, pero impide que al margen de tales supuestos, taxativamente previstos, se dejen sin efecto las resoluciones judiciales”. Pese a ello, no debe olvidarse que, en cualquier caso, el legislador puede establecer supuestos excepcionales en los que, aún sin alcanzar firmeza, la resolución se puede ejecutar, como en los supuestos de la ejecución provisional.

¹⁹ STC 107/1992, de 1 de julio.

²⁰ STC 231/2015, de 5 de noviembre.

²¹ Expresamente lo manifiesta la STC 73/2000, de 14 de marzo y se recoge, igualmente en las SSTC 176/2001, de 17 de septiembre; 166/1998, de 15 de julio; 107/1992, de 1 de julio.

²² SSTC 4/1998, de 21 de enero; 176/2001, de 17 de septiembre; 73/2000, de 14 de marzo; 231/2015, de 5 de noviembre; 38/2016, de 3 de marzo, entre otras.

la limitación de otros derechos fundamentales, ya que la ejecución no puede configurarse como un derecho de carácter absoluto e incondicional²³.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que el art. 24.1 CE exige la ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan la posibilidad de que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos²⁴; es por lo que en el supuesto de que por el legislador se establezcan requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional podrá ser objeto de examen con el fin de comprobar si los mismos responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución²⁵. Por ello, dichas limitaciones²⁶ implicarán, en cualquier caso, la necesidad de que los órganos judiciales deban ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones, sin que quepa descartar que tal ponderación puede llevar al juzgador a acomodar el ritmo de la ejecución a las concretas circunstancias de cada caso²⁷.

3. La adecuada satisfacción del derecho a la ejecución

A) Previo: el respeto a la intangibilidad e inmodificabilidad de lo juzgado

El Tribunal Constitucional ha sido, desde siempre, muy claro a la hora de determinar el modo en el que el derecho a la ejecución se entiende recta y

²³ Como reconoce el TC en la sentencia 166/1998, de 15 de julio y también en la 231/2015 de 5 de noviembre.

²⁴ Véase por todos la STC 73/2000, de 14 de marzo.

²⁵ STC 73/2000, de 14 de marzo.

²⁶ Tales limitaciones, cuestionadas o no, podrían traducirse en supuestos diversos tratados en las resoluciones del TC, como ha sido el caso de la inembargabilidad de los bienes públicos; también supuestos de inejecución –vgr. en el ámbito contencioso-administrativo– o posibles modificaciones sobrevenidas de la normativa aplicable, por citar algunas.

²⁷ STC 231/2015, de 5 de noviembre, con cita de las SSTC 92/2013, de 22 de abril y 82/2014, de 28 de mayo, a cuya doctrina se acoge de forma expresa.

adecuadamente cumplido o satisfecho. En efecto, para el TC no cualquier cumplimiento satisface el derecho a la ejecución, sino que, en principio, únicamente lo hará el cumplimiento de la resolución en sus propios términos, esto es, aquel que se ajusta a lo establecido en el fallo o parte dispositiva de la sentencia. Cumplimiento en sus propios términos, no obstante, que conlleva como “presupuesto lógico” e ineludible la exigencia de la “intangibilidad” de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas²⁸ para el ejercicio del derecho del justiciable a instar la ejecución de lo juzgado²⁹.

Así, tal y como expresamente determina el Tribunal Constitucional, *mientras que el derecho a la ejecución de lo juzgado es obligada consecuencia de la necesaria eficacia de la tutela judicial, el derecho a que esa ejecución se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado se traduce en un derecho subjetivo del justiciable que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley*³⁰, en aras igualmente del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE, ya que no solo es el art. 24.1 el que exige que la firmeza de las resoluciones judiciales sea respetada³¹.

Pero también hay que tener presente, conforme ha venido a establecer el TC –por lo que aquí interesa– que la determinación e interpretación del alcance y sentido del fallo y la decisión de si aquel ha sido ejecutado o no correctamente –así como las medidas adoptadas– es una función “netamente” jurisdiccional que, por tanto, incumbe a los Jueces y Tribunales derivada del art. 117.3 CE *sin que corresponda a la jurisdicción constitucional sustituir a la autoridad judicial en dicho cometido*³². Por ello, el control que el Tribunal Constitucional puede ejercer

²⁸ Como así ha declarado el TC, entre otras, en sus sentencias 35/2018, de 23 de abril; 22/2009, de 26 de enero; 53/2007, de 12 de marzo; 86/2005, de 18 de abril; 190/2004, de 2 de noviembre; 175/2002, de 9 de octubre; 135/2001, de 18 de junio; 106/1999, de 14 de junio y 152/1990, de 4 de octubre.

²⁹ STC 35/2018, de 23 de abril.

³⁰ SSTC 175/2002, de 9 de octubre; 86/2006, 27 de marzo; 20/2010, 27 de abril, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (35/2018, de 23 de abril); 20/2010, de 27 de abril sobre inmodificabilidad; 211/2013, 16 de diciembre; 22/2009, de 26 de enero; 86/2005, de 18 de abril; 190/2004, de 2 de noviembre.

³¹ SSTC 35/2018, de 23 de abril y 231/2015, de 5 de noviembre.

³² SSTC 35/2018, de 23 de abril; 231/2015, de 5 de noviembre; 211/2013, de 16 de diciembre; 139/2012, de 2 de julio; 86/2005, de 18 de abril; 135/2001, de 18 de junio y; 144/2000, de 29 de mayo.

sobre el modo en que los Jueces y Tribunales ejercen esta potestad *se limita a comprobar si estas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta*³³, en el marco de la legalidad ordinaria, y sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el art. 24.1 CE³⁴.

B) El principio de identidad o la ejecución en sus propios términos

Tal y como hemos adelantado, no cualquier cumplimiento de las resoluciones judiciales satisface el derecho fundamental a la ejecución, sino que es necesario procurar que aquel se lleve a cabo y se realice en sus propios términos³⁵, tal y como se contiene en el fallo o parte dispositiva. Es la regla o principio general que determina o implica lo que ahora denominamos, con uso de la expresión constitucional como el principio de identidad –entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo³⁶– que ha de tratar de lograrse a toda costa y por todos los medios posibles legalmente permitidos.

Sin embargo, y pese a lo afirmado, lo cierto es que también aquí el TC ha mantenido una visión realista desde sus primeros pronunciamientos, al reconocer la posible existencia de supuestos de difícil o imposible cumplimiento *in natura* –o en sus propios términos– de las resoluciones judiciales, con la consecuente y consiguiente admisión de la posibilidad de sustitución o transformación de lo determinado en el fallo, afirmando, en consecuencia, la constitucionalidad de aquellas ejecuciones en las que, *por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente*³⁷, bien sea este de carácter pecuniario o cualquier otro tipo de

³³ SSTC 35/2018, de 23 de abril y 139/2012, de 2 de julio, entre otras.

³⁴ STC 135/2001, de 18 de junio; 146/2002, de 15 de julio; 175/2002, 9 de octubre; 140/2003, 14 de julio; 116/2003, 16 de julio; 139/2012, 2 de julio; 211/2013, 16 dic; 35/2018, de 23 de abril.

³⁵ SSTC 22/2009, de 26 de enero; 211/2013, de 16 de diciembre; 231/2015, de 5 de noviembre; 38/2016, de 3 de marzo.

³⁶ Véase STC 58/1983, de 29 de junio.

³⁷ SSTC 86/2005, de 18 de abril y 190/2004, de 2 de noviembre.

*prestación*³⁸, ya que lo relevante es que la sentencia sea efectiva y el particular reciba satisfacción³⁹. Previsión recogida, igualmente, en el art. 18.2 LOPJ.

Ahora bien, lo anterior no otorga sin más el aval para acudir de forma automática a mecanismos sustitutivos de lo contemplado en el fallo, sino que siempre que sea posible habrá que procurar por todos los medios ya no solo la ejecución sino, igualmente, que esta se cumpla según lo establecido en el fallo porque el cumplimiento ha de estar siempre guiado a conseguir la ejecución *in natura*, esto es, respetando los propios términos de lo declarado, lo que permitirá lograr y redundará, a la postre, en la consecución de la pretendida y perseguida efectividad de la tutela judicial y de la propia ejecución.

Y, para el logro del objetivo común se revela especialmente útil la posibilidad, que el TC eleva a la categoría de deber, de que los órganos judiciales adopten las medidas que sean necesarias para asegurar el estricto cumplimiento del fallo, sin alterar el contenido y el sentido del mismo⁴⁰, de pronta respuesta y precisas a fin de evitar o, en su caso, reaccionar *frente a comportamientos impositivos, dilatorios o fraudulentos en orden al cumplimiento de lo judicialmente decidido*⁴¹.

Por tanto, es a los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde determinar las medidas procedentes y más adecuadas que las leyes les brinden y pongan a su disposición para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones, y no al Tribunal Constitucional, quien sí estaría legitimado, por el contrario, para reparar las posibles lesiones del art. 24.1 CE que puedan tener su origen *en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales para ordenar las medidas que aseguren el cumplimiento de sus fallos*⁴².

³⁸ Reconocido, de forma temprana, desde la STC 58/1983, de 29 de junio.

³⁹ STC 58/1983, de 29 de junio.

⁴⁰ STC 3/2002, 14 de enero.

⁴¹ Expresamente, STC 3/2002, de 14 de enero. En el mismo sentido, SSTC 197/2000 y 170/1999, de 27 de septiembre.

⁴² SSTC 197/2000, de 24 de julio; 219/1994, de 18 de julio y 251/1993, de 19 de julio; 167/1987, de 28 de octubre.

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto "Realidades y retos de la Justicia en la sociedad del riesgo. Una perspectiva procesal del Derecho de daños" (DER2017-87516-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

GARANTISMO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EUROPA

Francisco Ortego Pérez

Profesor Titular de Derecho Procesal (Universidad de Barcelona)

Sumario: I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL GARANTISMO EN EUROPA. II. ¿QUÉ ES LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA? III. SU DIMENSIÓN EUROPEA: LA DIRECTIVA 2016/343/UE, LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y UNOS BREVES APUNTES DE DERECHO INTERNO. IV. EPÍLOGO.

I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL GARANTISMO EN EUROPA

Como bien señala MARTÍN OSTOS –a cuyo merecido homenaje me sumo con esta contribución relativa a un derecho que también ocupó antes su atención–, si algo caracteriza a las legislaciones europeas en la época contemporánea es precisamente la preocupación por la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En ese contexto legislativo y jurisprudencial la presunción de inocencia se concibe como uno de los pilares más sólidos del Estado de Derecho¹.

Se trata de uno de los derechos que mejor sintetizan el respeto por la dignidad de las personas. Y si bien una acertada afirmación sostiene que la historia del proceso penal corre pareja a la historia misma del derecho de defensa², hoy también debería precisarse que la evolución del proceso penal moderno no se puede entender sin la presunción de inocencia.

¹ MARTÍN OSTOS, J., *La presunción de inocencia en la justicia penal europea del siglo veintiuno (Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, en “El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo” (AA.VV.), Ed. Atelier, Barcelona, 2013, págs. 345 y 347.

² GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F., “Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1973, núm. 4, págs. 759 y 760. GIMENO SENDRA, V., “La naturaleza de la defensa penal y la intervención del defensor en la instrucción”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, 1, pág. 104. MORENO CATENA, V., “La defensa en el proceso penal”, Civitas, Madrid, 1982, pág. 21. VÁZQUEZ SOTELLO, J. L., “La defensa penal en la etapa preparatoria”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2004, núms. 1-2, pág. 100. ORTEGO PÉREZ, F., “El juicio de acusación”, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, pág. 17.

Es un elemento clave del proceso acusatorio³ y según la jurisprudencia del TEDH, uno de los principales elementos configuradores del proceso equitativo⁴. No solo informa el proceso penal en su integridad, sino que además existe un claro nexo entre el mismo y otros derechos integrantes del juicio justo, la vulneración de los cuales se proyecta como consecuencia ineludible hacia la presunción de inocencia debido al más amplio alcance de ésta⁵. Pero pese a su amplia consideración no son pocas las ocasiones en las que se producen algunas disfunciones prácticas, tanto procesales como extraprocesales, que lo acaban poniendo en riesgo o provocando su lesión, advirtiéndose acerca de una cierta «debilidad» de este derecho⁶.

Basta con una sencilla reflexión acerca de los juicios paralelos y sus devastadores efectos en la presunción de inocencia para advertir esa debilidad. Recuérdense que con anterioridad a la reforma procesal de octubre de 2015, los medios de comunicación informaban prácticamente a diario de causas penales, incluso con las imágenes de personas detenidas y esposadas en su tránsito hacia los Juzgados con el consabido efecto “estigmatizador” de la imputación. Podrían contabilizarse numerosos ejemplos y algunos de ellos bien notorios (*Pretoria, Rato, Gürtel...*), pues la crisis económica y los frecuentes casos de corrupción política propiciaron que muchos ciudadanos, que si bien procesalmente estaban amparados por la «coraza» del derecho fundamental, en la práctica se vieran abocados a situaciones equiparables a las de una condena social anticipada⁷.

³ VÁZQUEZ SOTELO, J. L. “Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal”, Bosch, Barcelona, 1984, págs. 241 y ss. y *passim*.

⁴ SSTEDH de 12 de noviembre de 2019, *caso Korobov c. Rusia* [JUR 2019/305246], ap. 37; de 27 de febrero de 1980, *caso Dewer c. Bélgica*, ap. 56 [TEDH 1980/1]; de 26 marzo de 1982, *caso Adolf c. Austria*, ap. 30 [TEDH 1982/2]; de 25 marzo de 1983, *caso Minelli c. Suiza*, ap. 27 [TEDH 1983/5]; de 19 de diciembre de 1989, *caso Kamasinski c. Austria*, ap. 62 [TEDH 1989/24], de 10 de febrero de 1995, *caso Allenet de Ribemont c. Francia*, ap. 35 [TEDH 1995/7]; de 5 de julio de 2001; *caso Phillips c. Reino Unido*, [TEDH 2001/435]; de 28 de junio de 2011, *caso Lizaso Azconobieta c. España*, [TEDH 2011/58], entre otras.

⁵ LUPARIA, L., “La presunción de inocencia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2017, núm. 2, pág. 209.

⁶ MONTÓN GARCÍA, M., *Juicios paralelos: ¿libertad de información o retroalimentación no jurídica perjudicial para la investigación?*, en “El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal” (dir. R. Castillejo Manzanares), Ed. Atelier, Barcelona, 2019, pág. 47.

⁷ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y SAÍZ ARNÁIZ, A., “La inversión de valores en la justicia”, *El País*, 10/11/2019. ORTEGO PÉREZ, F., “De los delitos, de ciertas «penas»... y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación)”, *Diario La Ley*, núm. 7346, 19 de febrero de 2010, págs. 1 a 6.

No es extraño entonces que se alerte del debilitamiento de un derecho, del que críticamente se dice que nadie se atreve a dudar pero que muy pocos respetan⁸, pues pese al «encanto estético» y seductor de su propia resonancia semántica, lo noticioso suele ser precisamente lo contrario de lo que la presunción proclama y ampara⁹. Desgraciadamente, ciertas señas inquisitivas confirman lo acertado de estas críticas, como corrobora que en muchas ocasiones no se hable del investigado a quien se le atribuye tal o cual delito, sino que parece más sugerente referirse sin tapujos al *presunto* asesino o al *presunto* pederasta, etc. Todo ello con la causa *sub judice*, pero subrayando en rojo la sospecha de una culpabilidad que en la instrucción no pasa de ser más que hipotética.

Situaciones como las descritas hacen que el sistema de justicia penal presente ciertas grietas. Hay que tener en cuenta que el proceso acusatorio no es un mero instrumento retribucionista para la imposición de la pena, sino que como señalara GOLDSCHMIDT, también es una creación técnica destinada a proteger a los individuos contra los abusos del poder estatal¹⁰, aunque sin olvidar que comporta considerables efectos negativos para quien “*tenga la inmensa desgracia de sufrirlo*”, como sabiamente explica la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De ahí que por la especial trascendencia de los intereses en juego en el proceso penal¹¹ las garantías deban afinarse al máximo.

El *garantismo* como metodología¹² no es una mera construcción abstracta o programática, sino que es plenamente operativa, lo que explica que el art. 24. 2 de

⁸ NIEVA FENOLL, “Un respeto a la presunción de inocencia”, *El Periódico de Catalunya*, 28/11/2016. <https://www.elperiodico.com/es/opinion/20161128/un-respeto-a-la-presuncion-de-inocencia-5618727> (Última consulta: 20/10/2019).

⁹ Vid. en este sentido MUÑOZ SABATÉ, L., *El «discreto encanto» de la presunción de inocencia*, en “Principios y garantías procesales2 (Dir. J. Picó i Junoy), Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2013, págs. 491 y 493.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”, Bosch, Barcelona, 1935, págs. 7, 23 y 28.

¹¹ SSTC 19/2000 de 31 de enero, [F. J. 5], 91/2000 de 30 de marzo, [F. J. 12], 12/2006 de 16 de enero, [F. J. 3], 13/2006 de 16 de enero, [F. J. 4] y 65/2007 de 27 de marzo, [F. J. 2], entre otras muchas.

¹² FERRAJOLI, L., “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 2016, págs. 33 a 38 y 91 a 94.

la C.E. proclame el derecho de todos los ciudadanos a que la función jurisdiccional se realice en un *juicio justo* o proceso “*con todas las garantías*”¹³.

Pero a pesar de esas inequívocas proclamas garantistas en las últimas décadas son perceptibles ciertos signos de cambio en la justicia penal de nuestro tiempo que tratan de reforzar el poder del Estado, como muestra del dinamismo social del Derecho en el siglo XXI y de sus coyunturas históricas.

Así, desde los atentados del 11-S en Nueva York la búsqueda de instrumentos jurídicos eficaces con los que poder afrontar ciertas modalidades delictivas singularmente graves, como el terrorismo o la criminalidad organizada, emite inequívocas señales de esa tendencia que se reflejan en el diseño mismo del *proceso equitativo*, tanto por el considerable incremento de prerrogativas policiales, como por la sobrevaloración de la fase de investigación y hasta en materia probatoria, con el riesgo de que en pos de una mayor eficacia puedan llegar a relativizarse derechos y garantías procesales que siempre deben ser incuestionables¹⁴.

Un ejemplo reciente lo encontramos en nuestro país con la prueba ilícita y sus efectos reflejos según la conocida doctrina de los *frutos del árbol envenenado*, drásticamente recortados o neutralizados por una jurisprudencia de carácter restrictivo de la que es fiel exponente la STS núm. 116/2017, de 23 de febrero, (*Caso Falciani*, [R.J. 2017/1902]), y cuya constitucionalidad refrendó la STC 97/2019, de 16 de julio. Ello ha motivado que se anuncie la «defunción» de aquella otrora doctrina jurisprudencial garantista en pos de una efectividad

¹³ LORCA NAVARRETE, A. M^a, “El Derecho Procesal como sistema de garantías”, *Diario La Ley*, núm. 5933, 15 de enero de 2004, pág. 1. Vid. también del mismo autor “El reto ante una futura reforma del proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 5440, 14 de diciembre de 2001, pág. 2. “Simplemente un proceso justo”, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014, pág. 16. “El proceso justo, equitativo y de efectiva tutela”, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2019, pág. 5.

¹⁴ ORTEGO PÉREZ, F., “Instrucción sumarial y diligencias de investigación”, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, pág. 209. PÉREZ GIL, J., “Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, enero de 2008, págs. 223, 230 y 240.

que despierta rasgos inquisitivos que merman el derecho a un proceso justo y equitativo¹⁵.

Frente a situaciones de esta índole adquiere pleno sentido el garantismo como metodología, y con él, el tratamiento normativo y práctico del derecho a la presunción de inocencia como piedra angular del proceso penal, hasta el punto de que aquella loable aspiración proteccionista se ha visto potenciada por los denominados «efectos expansivos» del Derecho de la Unión Europea¹⁶.

En ese contexto expansivo se encuentra una «hoja de ruta» diseñada mediante un compendio de Directivas Comunitarias del Parlamento Europeo y del Consejo, que en la última década han tratado de armonizar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión en materia penal¹⁷. Entre las mismas destaca fundamentalmente la Directiva 2016/343/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio*, en el ámbito del estatuto procesal de investigados y acusados.

¹⁵ ASENCIO MELLADO, J. M^a, “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, núm. 9499, 16 de octubre de 2019 (edición digital). Del mismo autor vid. “La prueba ilícita y su degradación a mera irregularidad procesal por la STC 97/2019, de 16 de julio”, *Revista Práctica de Tribunales*, núm. 140, septiembre - octubre de 2019, (edición digital). LORCA NAVARRETE, A. M^a, “¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!”, *Boletín de Noticias del Instituto Vasco de Derecho Procesal*, núm. 112, 21 de octubre de 2019.

¹⁶ DE HOYOS SANCHO, M., *Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías del proceso penal*, en “Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los Tribunales” (dir. F. Jiménez Conde), Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 43 a 58. ARANGÜENA FANEGO, C., *La acción de la Unión Europea en materia de garantías procesales. Su influencia en la legislación española*, en “El enjuiciamiento civil y penal hoy”, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, págs. 450-451.

¹⁷ Constituyen destacados ejemplos de esa *hoja de ruta* las relativas:

Al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales (Directiva 2010/64/UE).

La orden europea de protección —a las víctimas del delito— (Directiva 2011/99/UE).

Al derecho a la información en los procesos penales (Directiva 2012/13/UE).

Al derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la Orden Europea de detención y entrega (Directiva 2013/48/UE).

A la Orden Europea de investigación en materia penal ((Directiva 2014/41/CE).

Al embargo y decomiso de instrumentos del delito en la Unión Europea (Directiva 2014/42/UE).

A las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en procesos penales (Directiva 2016/800/UE).

A la asistencia jurídica gratuita a sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de una euro orden (Directiva 2016/1919/UE).

La finalidad de dichas Directivas era establecer unos estándares mínimos en los Estados de la Unión Europea para reforzar las garantías procesales con el firme propósito de facilitar la cooperación y la confianza mutua entre los Estados en la aplicación de los principios básicos del proceso penal¹⁸. Una confianza que dicho sea de paso, ha sido cuestionada en nuestro país por algunos casos notorios respecto al funcionamiento de la euroorden (*Puigdemont, Ponsatí, Valtonyc...*).

Pero volviendo a la materia que ocupa nuestra atención, hay que señalar que algunos de aquellos mínimos ya estaban establecidos previamente gracias al criterio uniformador de la jurisprudencia del TEDH y en menor medida, de la del TJUE. E incluso, como afirma RAMOS MÉNDEZ, en ese marco de mínimos cabría presuponer aunque solo fuera por las garantías procesales dimanantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que todos los países firmantes del mismo administran una justicia “homologable” en el ámbito europeo, aparte de los localismos y soluciones instrumentales de cada ordenamiento. En definitiva, que exista una respuesta judicial homogénea en lo tocante a las garantías más sensibles¹⁹.

Ahora bien, tanto las singularidades propias de los diversos ordenamientos internos como el valor de las cifras y estadísticas explican el interés por incrementar las garantías procesales en el ámbito de la Unión Europea. Hay que tener en cuenta que en dicho territorio tienen lugar cada año en torno a nueve millones de procesos penales²⁰, lo que enfatiza el deseo de armonización legislativa respecto a un derecho como la presunción de inocencia, de general conocimiento en cuanto a su esencia, pero cuya infracción había provocado condenas a un considerable número de los Estados firmantes del CEDH con anterioridad a la Directiva 2016/343/UE²¹.

¹⁸ VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “La Directiva Europea 2016/343 de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2017, págs. 4-7.

¹⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *La insignificante levedad operativa de la legislación procesal civil europea*, en “El enjuiciamiento civil y penal hoy”, Ed. Atelier, Barcelona, 2019, pág. 400.

²⁰ Como recoge GONZÁLEZ MONJE, A., “La presunción de inocencia en la Unión Europea: la Directiva 2016/343/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 39, 2016, pág. 27.

²¹ Como recuerda VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “La Directiva Europea 2016/343 de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio”, ob. cit., pág. 5.

El punto de partida de esta acción pre-legislativa de corte garantista hay que situarlo en los trabajos realizados a partir del *Libro Verde* de la Comisión Europea sobre la presunción de inocencia, de 26 de abril de 2006, en el que la propia Comisión cuestionaba –o como dice literalmente el citado Libro Verde–, *deseaba saber* si la presunción de inocencia tenía un “*entendimiento uniforme en todo el conjunto de la UE*”. La preocupación de la UE por este derecho obedece a que el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales constituye la base del «espacio de libertad, seguridad y justicia»²² en el ámbito de la Unión, para cuya efectividad se requiere previamente que los ciudadanos puedan disfrutar de un nivel de garantías equivalente en todos los países miembros²³.

En ese contexto se situó la Directiva 2016/343/UE, cuya génesis no fue ni mucho menos sencilla, pues a pesar de que tanto las preguntas del *Libro Verde* como el análisis del Derecho comparado evidenciaron un aceptable nivel de protección del derecho a la presunción de inocencia en los ordenamientos internos de los Estados de la Unión²⁴, también se pusieron de relieve ciertas deficiencias y criterios dispares. Algunos Estados consideraron desacertada la extraña conexión que realiza la Directiva con el derecho a estar presente en juicio, y hasta el alcance que le confiere al derecho al silencio, pues pese a relacionarlo con la presunción de inocencia no deja de ser una manifestación específica del derecho de defensa²⁵. También existieron serias discrepancias, como la postura holandesa, reacia a la oportunidad y utilidad de la Directiva al considerar que este derecho ya presentaba un entendimiento homogéneo por la jurisprudencia del TEDH²⁶. No obstante,

²² Art. 3. 2 del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht.

²³ *Libro Verde. La Presunción de inocencia*, Bruselas, 26.04.2006, COM (2006), 174 final, pág. 3.

²⁴ LUPARIA se refiere a la diferente “dimensión nacional” de este derecho en el terreno normativo, sin perjuicio de otorgarle en los ordenamientos internos una importancia primaria en el ámbito de la tutela de los derechos del sujeto pasivo del proceso penal. “La presunción de inocencia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, ob. cit., pág. 202.

²⁵ Entre otras muchas las SSTC 161/1997, de 2 de octubre [F. J. 5], 127/2000, de 16 de mayo, [F. J. 4], 202/2000, de 24 de julio, [F. J. 3]. Vid. también ORTEGO PÉREZ, F., “Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (Interpretación jurisprudencial del *ius taccendi*)”, *Diario La Ley*, núm. 6418, de 9 de febrero de 2006, pág. 5. Más precisa es la STEDH de 21 de diciembre de 2000, *caso Quinn c. Irlanda* [TEDH 2000/169], ap. 40, que aunque en referencia expresa al derecho a no confesarse culpable trata a este derecho instrumental del de defensa como “estrechamente ligado a la presunción de inocencia”.

²⁶ VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., ob. cit., pág. 6.

tras aquella aparente uniformidad de entendimiento en torno a un derecho tan básico resulta obligado cuestionarse, al estilo de como lo hacía el mismísimo *Libro Verde*, ¿qué es la presunción de inocencia²⁷?

II. ¿QUÉ ES LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

A priori la respuesta al interrogante planteado en el *Libro Verde* pudiera parecer relativamente sencilla respecto a su significado más primario a tenor de su amplísimo tratamiento normativo²⁸ y jurisprudencial²⁹; es decir, que toda persona imputada/acusada de un hecho delictivo ha de ser considerada inocente hasta que su culpabilidad haya sido judicialmente declarada.

Sin embargo, presenta perfiles poliédricos pues no se reduce a su configuración como derecho y principio procesal básico, por lo que es frecuente cuestionarse si se trata de una regla de tratamiento del juicio, de un estándar probatorio o de un canon de la carga de la prueba.

A ello viene a sumarse la dimensión que le confiere la jurisprudencia del TEDH al establecer que la presunción de inocencia “*no se limita a ser una mera garantía procesal en materia penal*” (caso *Lizaso Azconobieta c. España*)³⁰, dado que “*su alcance es más amplio y requiere que ningún representante del Estado o autoridad pública declare que una persona es culpable de un delito antes de que su culpabilidad haya sido legalmente establecida por un tribunal*” (caso *Alenet de Ribemont c. Francia* y caso *Viorel Burzo c. Rumanía*)³¹. De este modo, mediante

²⁷ *Libro Verde. La Presunción de inocencia*, Bruselas, 26.04.2006, COM (2006), 174 final, pág. 5.

²⁸ Los ejemplos más significativos de su reconocimiento supranacional los constituyen el art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950), el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), o el artículo 48. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

²⁹ Convenientemente sistematizado por MARTÍN OSTOS, J., *La presunción de inocencia en la justicia penal europea del siglo veintiuno (Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, ob. cit., *passim*.

³⁰ STEDH de 28 de junio de 2011, caso *Lizaso Azconobieta c. España*, [TEDH 2011/58], ap. 37.

³¹ STEDH de 10 febrero 1995, caso *Alenet de Ribemont c. Francia*, [TEDH 1996/36] y STEDH de 30 de junio de 2009, caso *Viorel Burzo c. Rumanía*, [JUR 2009, 288407], entre otras.

el reconocimiento de efectos extraprocesales el TEDH considera que su vulneración puede emanar no solo de los órganos jurisdiccionales, sino también de otros funcionarios del Estado³².

Históricamente obviada durante el procedimiento inquisitivo por imperar en el mismo una presunción de culpabilidad, la presunción de inocencia presenta un componente humanista apreciable ya en la clásica afirmación de Ulpiano en el sentido de que es preferible dejar impune el delito de un culpable a que un inocente sea condenado (*satius est impunitum relinqui facinus nocentes quam innocentem damnari*)³³. Aquella plausible idea fue reproducida en términos muy similares por Maimónides en el siglo XII y por William Blackstone en el siglo XVIII, aunque referidas principalmente al funcionamiento de la duda en el proceso penal, razón por la que se aproximaban más al principio *in dubio pro reo* como otra vertiente del *favor rei*, distinto de la presunción de inocencia pese a la estrecha relación que guarda con ella³⁴.

El *in dubio pro reo* no deja de ser un principio relativo a la valoración de la prueba aunque en ocasiones se unifican y presentan como una misma realidad mediante la integración del primero en los contornos más amplios de la presunción de inocencia³⁵. Pero esta última tiene un alcance muy superior³⁶, como demuestra que para responder al interrogante planteado *supra* bastaría con la exposición sintética de sus rasgos esenciales en el ordenamiento español:

³² STEDH de 28 de junio de 2011, *caso Lizaso Azconobieta c. España*, [TEDH 2011/58], ap. 38, STEDH de 26 de marzo de 2002, *caso Butkevičius c. Lituania* [JUR 2002, 78236], ap. 53, STEDH de 10 de octubre de 2000, *caso Dakaras contra Lituania* [TEDH 2000/471], aps.41 y 42, STEDH de 4 de marzo de 2010, *caso Mokhov c. Rusia*, [TEDH 2010/47], ap. 29.

³³ Digesto, ley 48, tít. 19, 5.

³⁴ ORTEGO PÉREZ, F., “La delimitación entre el «principio in dubio pro reo» y la presunción de inocencia en el proceso penal español”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2013, vol. 4, núm. 3, págs. 11 a 30, DOI 10.7770/RCHDYCP-V4N3-ART649.

³⁵ MARTÍN OSTOS, J., “La prueba en el proceso penal acusatorio”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2013, núm. 2, pág. 36. NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2016, págs. 4-5. Vid., asimismo, la STS núm. 968/2009 de 21 de octubre [R. J. 2009/5750].

³⁶ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal”, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, págs. 241 y ss. En el mismo sentido, ORTEGO PÉREZ, F., *Constitución y proceso penal*, en “La Constitución y el ordenamiento jurídico”, (coord. J. M^º Castellá Andreu), Ed. Atelier, Barcelona, 2005, pág. 397.

- a) La presunción de inocencia es un principio informador del proceso penal acusatorio que funciona como regla de tratamiento del juicio penal.
- b) Su consideración como principio no se reduce a un mero valor programático, pues es un derecho fundamental y una garantía procesal básica del debido proceso (*due process of law*) regulada en el art. 24. 2 C.E. y directamente invocable ante los Tribunales.
- c) En su funcionamiento opera como una verdad interina o provisional que solo puede ser destruida mediante una sentencia de condena dictada en un juicio público, realizado con la observancia de todas las garantías procesales y con la exigencia del estándar probatorio establecido desde la STC 31/1981, de 28 de julio, en el sentido de que se precisa para enervarla una «*mínima actividad probatoria*» que pueda considerarse de cargo.
- d) A diferencia del principio *in dubio pro reo* la presunción de inocencia rige durante todas las etapas del proceso penal.
- e) Enlaza directamente con la carga de la prueba desplazándola hacia quien acusa.

Por su parte, el citado *Libro Verde* de la Comisión también compendia una serie de notas para explicar en qué consiste la presunción de inocencia a tenor de la jurisprudencia del TEDH, señalando por su parte que:

- a) Es un derecho que solo se aplica a favor de la persona contra quien se hayan presentado cargos.
- b) El acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable.
- c) Requiere que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan una idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción por la que se le acusa.

- d) No debe producirse ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable por un tribunal.
- e) El acusado no podrá estar sometido a prisión provisional salvo por motivos excepcionales.
- f) La carga de la prueba de culpabilidad recae en el Estado (*sic*)³⁷, y cualquier duda será favorable al acusado.
- g) El acusado podrá negarse a contestar preguntas.

Como era de esperar es fácil advertir puntos comunes, pero también hay alguna formulación manifiestamente errónea, como la relativa a la posibilidad de que el acusado se niegue a contestar preguntas, que técnicamente no forma parte de la presunción de inocencia sino del derecho a no declarar en cuanto derecho instrumental del de defensa. La Directiva Comunitaria también incide en ese mismo error cuando se refiere al derecho al silencio en su art. 7 definiéndolo como “*un aspecto importante de la presunción de inocencia [que] debe servir como protección de la autoinculpación*”. Otro error es la referencia a la prisión provisional pese a la excepcionalidad que como principio debe presidir siempre la adopción de una medida cautelar tan restrictiva.

A grandes rasgos, la comparación trazada entre el Derecho español y el contenido del *Libro Verde* pone de relieve que el entendimiento de este derecho no resultaba tan homogéneo como en principio pudiera pensarse, lo que confiere mayor sentido a la pretensión armonizadora de la Directiva 2016/343/UE.

III. SU DIMENSIÓN EUROPEA: LA DIRECTIVA 2016/343/UE, LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y UNOS BREVES APUNTES DE DERECHO INTERNO

1) La Directiva 2016/343/UE realiza un declaración programática al establecer en su que “*Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la Ley*”

³⁷ Formulación poco afortunada aunque pueda referirse a aquellos Estados en los que la acusación se ejerce por el Ministerio Fiscal en régimen de monopolio que, sin embargo, no son todos.

(art. 3). Es un derecho aplicable únicamente a las personas físicas pero no a las jurídicas, sin perjuicio de que la presunción opere también para estos entes en aquellos ordenamientos internos que reconozcan la responsabilidad penal de las mismas. Además, sus efectos no solo se extienden a lo largo de todo el proceso, sino que la Directiva los lleva hasta la firmeza de la resolución judicial que declare la culpabilidad (art. 2), al estilo de los criterios del Tribunal de Estrasburgo (*caso Tendam c. España y caso Asan Rushiti c. Austria*)³⁸.

La jurisprudencia del TEDH le brinda un mayor radio de acción al establecer que la presunción de inocencia también entra en juego cuando el proceso penal finaliza con un resultado distinto de una condena (*caso Larrañaga Arando y otros c. España y caso Karmele Aguirre y otros c. España*, ambos de 18 de julio de 2019)³⁹. Si desde el punto de vista procesal sirve “para evitar que se imponga una condena penal injusta”, su protección extraprocesal se proyecta “hacia la reputación de la persona y la forma en que la sociedad la considera”⁴⁰.

2) La Directiva pretendía garantizar que ni las autoridades públicas ni las resoluciones judiciales⁴¹ que no fueran de condena pudieran referirse a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se hubiera probado su culpabilidad con arreglo a la ley. Esta plausible aspiración venía a constituir su auténtico «caballo de batalla» para evitar que en la práctica lleguen a producirse esas indeseables situaciones que mutan en presunciones de culpabilidad.

Jurisprudencialmente bastaría con exponer un par de ejemplos harto ilustrativos para entender bien su alcance: el primero es el *caso Ürfi Çetinkaya c.*

³⁸ STEDH de 13 de julio de 2010, *caso Tendam c. España* [TEDH 2010/84], ap. 35 y STEDH de 21 de marzo de 2000, *caso Asan Rushiti c. Austria* [TEDH 2000/100], ap. 31.

³⁹ STEDH de 18 de julio de 2019, *caso María Cristina Larrañaga Arando y otros c. España*, [TEDH 2019/100], ap. 41-42; STEDH de 18 de julio de 2019, *caso Karmele Aguirre y otros c. España*, [TEDH 2019/99], ap. 39-40; STEDH de 16 febrero 2016, *caso Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, [TEDH 2016/7], ap. 38-49; STEDH de 13 de julio 2010, *caso Tendam c. España*, [TEDH 2010/84], ap. 35-41.

⁴⁰ STEDH de 18 de julio de 2019, *caso María Cristina Larrañaga Arando y otros c. España*, [TEDH 2019/100], ap. 41-42; STEDH de 18 de julio de 2019, *caso Karmele Aguirre y otros c. España*, [TEDH 2019/99], ap. 39-40; STEDH de 16 octubre 2008, *caso Taliadorou y Stylianou c. Chipre*, ap. 27 y 56-59 [JUR 2008/319507].

⁴¹ STEDH de 25 de marzo de 1983, *caso Minelli c. Suiza*, [TEDH 1983/5], ap. 37 y STEDH de 17 de diciembre de 2013, *caso Nikolova y Vandova c. Bulgaria*, [JUR 2013/377172], ap. 98.

Turquia (STEDH de 23 julio 2013, [JUR 2013/269699]) en el que la Policía presentó al sospechoso como un traficante internacional de heroína antes de ser juzgado. El segundo, y en términos muy similares, es el caso *Lizaso Azconobieta c. España* (STEDH de 28 de junio de 2011, [TEDH 2011/58]), en el que tras desarticularse un comando de ETA un Gobernador Civil presentó a una persona en la rueda de prensa posterior a la detención como integrante de dicho comando terrorista y autor material de varios crímenes, aunque tan solo dos días después fue liberado sin cargos en su contra. Por ello los comunicados de prensa emitidos por la Policía u otras autoridades públicas no han de contener opiniones subjetivas que contribuyan a generar un prejuicio social de culpabilidad (STEDH de 12 de noviembre de 2019, caso *Korobov c. Rusia* [JUR 2019/305246]).

Atendiendo a esas premisas resulta oportuno referirse a distintas medidas que han tratado de garantizar el respeto al derecho fundamental en el ordenamiento procesal español:

2.1) Una de ellas fue la sustitución en la LECrim del término “*imputado*” por las expresiones aparentemente más neutras de *investigado* y *encausado* tras la reforma de octubre de 2015. La finalidad del legislador fue atajar la errónea asociación del término imputado con el de acusado, y *a fortiori*, con el de culpable. Piénsese que subjetivamente el ser humano tiende a creer los rumores negativos sobre otras personas, de forma que el mero señalamiento de alguien como sospechoso suele generar un recelo social ante ese individuo⁴². Cuanto más intenso es el rumor, más se refuerza el prejuicio, hasta el extremo de que la imputación penal se convirtió en una especie de término maldito que conllevaba un juicio social y anticipado de culpabilidad, como una especie de marca de Caín asociada a la secular idea de sospecha y culpa⁴³.

2.2) Aunque el *Libro Verde* sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad⁴⁴ ya establecía que la detención de un

⁴² NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”, ob. cit., pág. 5.

⁴³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015” (con M. Marchena Gómez), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 96. ORTEGO PÉREZ, F., “Reflexiones acerca de la imputación y los estatus procesales de «investigado» y «encausado»”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2016, núm. 1, pág. 206.

⁴⁴ Bruselas, 17.08.2004, COM (2004) 562 final).

sospechoso no vulnera la presunción de inocencia, también se adoptaron medidas en el derecho español para que la detención y la prisión provisional se practicasen de la forma menos perjudicial para el detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio, evitando su sobreexposición mediática. En esa línea, la reforma del art. 520. 1 de la LECrim estableció que quienes acuerden alguna de dichas medidas, así como los encargados de practicarlas velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de detenidos y presos con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.

2.3) Respecto a las resoluciones judiciales es preciso recordar que el Tribunal Constitucional⁴⁵ ya zanjó de manera tajante las críticas que vieron en el auto de procesamiento (o resolución de imputación formal equivalente) una presunción de culpabilidad del Juez instructor por la apreciación de los indicios racionales de criminalidad necesarios para formalizar cargos contra el sujeto pasivo. Es más, como acertadamente establecieron los AATC 173/1984, de 21 de marzo y 289/1984, de 16 de mayo, *“el procesamiento, que de algún modo desencadena la posibilidad de la condena, hace nacer dicha presunción –la de inocencia–, por lo que es manifiestamente imposible que la vulnere, permaneciendo incólume hasta que surja el reproche de culpabilidad con la sentencia final”* [F. J. 2]⁴⁶.

Pese a la averiguación de la autoría de un hecho punible durante la instrucción no subyace una presunción de culpabilidad aunque así pudiera parecerlo ante la evidencia de la comisión delictiva⁴⁷. En este aspecto es donde precisamente se encuentra la grandeza del derecho a la presunción de inocencia, en que a pesar de las sospechas, de la imputación o de la adopción de medidas cautelares contra el investigado, legalmente se debe garantizar su consideración como inocente hasta que su culpabilidad sea declarada por una sentencia condenatoria tras la celebración de un juicio justo. La investigación sirve para que además del esclarecimiento del hecho y de su posible autor puedan aportarse los elementos tanto de cargo como de descargo, en línea con lo dispuesto por el art. 2 de la LECrim.

⁴⁵ ATC 324/1982, de 25 de octubre.

⁴⁶ Vid. asimismo ORTEGO PÉREZ, F., “El juicio de acusación”, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, pág. 90.

⁴⁷ Según NIEVA FENOLL *“la policía es un actor que solamente puede trabajar vulnerando inevitablemente la presunción de inocencia, puesto que de lo contrario no vería nunca posibles responsables, sino inocentes”*. “La razón de ser de la presunción de inocencia”, ob. cit., pág. 10.

3) Ahondando en el tratamiento del sujeto pasivo, la obligación de no presentar a los sospechosos o acusados como culpables durante la tramitación de la causa no impedirá que las autoridades públicas puedan divulgar ciertas informaciones cuando sea estrictamente necesario para la investigación penal (art. 4.3), como la divulgación de imágenes para facilitar el reconocimiento (STEDH de 28 de octubre de 2004, *caso Y.B. y otros c. Turquía*, [JUR 2004/284527], ap. 48-49). Lo que prohíbe tajantemente la Directiva es el uso de medios de coerción física como esposas, grilletes, cabinas de cristal o jaulas, que ciertamente contribuirían a «escenificar» la hipotética culpabilidad de los sospechosos o acusados ante la sociedad (art. 5). Tan solo se encuentra justificado el empleo de aquellos medios que resulten necesarios para evitar autolesiones, lesiones a terceros, o la causación de daños materiales (Considerando 20 de la Directiva).

4) La Directiva 2016/343/UE establece en los términos tradicionales que la presunción de inocencia supone el desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien acusa. Todo ello, dice en su art. 6. 1, sin perjuicio de la obligación del órgano jurisdiccional competente de buscar tanto pruebas de cargo como de descargo, en términos similares a lo establecido ya desde 1882 por el art. 2 LECrim.

Este fue uno de los aspectos más polémicos en la elaboración de la Directiva, puesto que el *Libro Verde* contemplaba hasta tres supuestos en los que se podría dar la inversión de dicha carga: a) infracciones relacionadas con la responsabilidad objetiva; b) infracciones menos graves en las que el acusado debe presentar una explicación de sus acciones, y c) cuando se dicta una orden de incautación de bienes del acusado que sean producto del delito⁴⁸.

La solución ya conocida consistió en optar por la consideración clásica de que la carga de la prueba de la inocencia supondría para el sujeto pasivo una auténtica "*probatio diabolica*"; y por ese motivo siempre incumbe a la acusación (*caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España* y *caso Allen c. Reino Unido*)⁴⁹. Ese es su significado cuando en el proceso penal se habla de carga de la prueba, pues el concepto de "carga" es más propio del proceso civil que del penal por la idea

⁴⁸ *Libro Verde. La Presunción de inocencia*, Bruselas, 26.04.2006, COM (2006), 174 final, págs. 6-7.

⁴⁹ STEDH de 6 de diciembre de 1988, *caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España*, [TEDH 1988/1], ap. 77 y STEDH de 12 de junio de 2013, *caso Allen c. Reino Unido*, [TEDH 2013/252861], ap. 67.

subyacente de la “obligación” o gravamen de una parte ante la falta de prueba del hecho incierto⁵⁰. En el proceso penal lo que implica es una distribución de roles en materia probatoria.

5) Por último, el art. 6. 2 de la Directiva 2016/343/UE incluyó el principio *in dubio pro reo* en el derecho a la presunción de inocencia al establecer que los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad debe beneficiar siempre al acusado, mediante la aplicación del estándar anglosajón que solo permite la condena “más allá de toda duda razonable” (*beyond any reasonable doubt*) en los mismos términos en que lo había hecho ya la Corte de Estrasburgo (*caso Barberá, Messegue y Jabardo c. España* y *caso Allen c. Reino Unido*).

No se trataba sin embargo de ninguna novedad reseñable, pues en nuestro Derecho interno el principio *in dubio pro reo* se encuentra incluso positivizado como una de las instrucciones que el Magistrado-Presidente debe dirigir a los jurados cuando tras la deliberación “*no les hubiera sido posible resolver las dudas que tuvieran sobre la prueba*” (art. 54. 3 L.O. 5/1995, del Tribunal Jurado).

IV. EPÍLOGO

Se ha considerado que el Derecho de la Unión Europea ha producido mediante su efecto expansivo una notable mejora en la legislación procesal penal española, hasta el punto de que las garantías procesales de investigados y acusados se han visto reforzadas gracias a nuestra pertenencia a la Unión⁵¹. Pero pese a que no les falte razón a tales afirmaciones, y considerando que el plazo para la trasposición de la Directiva 2016/343/UE al derecho interno de los Estados miembros finalizó el 1 de abril de 2018, hay que señalar que en materia de protección del derecho a la presunción inocencia los deberes que imponía la citada Directiva estaban prácticamente hechos en el ordenamiento español.

⁵⁰ Comparto en este sentido el argumento de NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”, ob. cit., pág. 10.

⁵¹ AGUILERA MORALES, M., “Justicia penal y Unión Europea: un breve balance en clave de derechos”, *Diario La Ley*, núm. 8883, de 16 de diciembre de 2016 (edición digital). ARANGÜENA FANEGO, C., *La acción de la Unión Europea en materia de garantías procesales. Su influencia en la legislación española*, en “El enjuiciamiento civil y penal hoy”, ob. cit., pág. 450.

Tan solo fueron necesarias medidas como las comentadas para robustecer el derecho.

La citada Directiva pretendía armonizar en el ámbito de los Estados de la Unión este derecho fundamental mediante unas normas de “mínimos” y de aplicación tan generalista que básicamente ya hubiera bastado con la jurisprudencia del TEDH. Por eso, en materia de presunción de inocencia, aunque es plausible el intento de crear un marco normativo uniforme, la principal aspiración estriba en que su aplicación práctica en el día a día se produzca en condiciones que garanticen la efectividad real del derecho⁵². Condiciones que, por otra parte, han de presuponerse lo suficientemente homogéneas como para que cualquier ciudadano de la Unión Europea no pueda poner en duda la credibilidad del sistema de justicia penal.

⁵² ARANGÜENA FANEGO, C., *El derecho a la asistencia letrada en la propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea*, en “Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 92. PASCUAL SUAÑA, O., “Derecho a no inculparse en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 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”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 1-2017, pág. 66. <http://www.ree-uva.es/>

EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL: EVALUACIÓN Y MEDIOS DE MEJORA

Manuel Ortells Ramos

Catedrático de Derecho Procesal (Universitat de València)

Sumario: I. EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL: SIGNIFICADO, DIFICULTAD Y NECESIDAD DE SU EVALUACIÓN. 1. Evaluar la eficiencia de la justicia civil no significa asumir un criterio economicista. 2. Aproximaciones a la evaluación de la eficiencia de la justicia civil en España. II. MEJORAR LA EFICIENCIA MEDIANTE REFORMAS DE LA LEY PROCESAL. 1. La LEC/2000 y la superación de una legislación procesal civil anticuada y confusa. 2. Reformas de la LEC/2000 dirigidas a reducir la actividad procesal. A) El descubrimiento de los resultados del procedimiento monitorio y la extensión de la técnica monitoria. B) Otras reformas de menor alcance. III. EFICIENCIA Y NUEVA ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS AUXILIARES DE LA JURISDICCIÓN. 1. La especificación de las funciones de los jueces y de –o respecto a– las funciones del personal auxiliar de alta cualificación. 2. Sobre las características generales de la nueva oficina judicial y su implantación. 3. La generalización del uso de TIC para la realización de las actividades procesales. 4. La “externalización” de determinadas funciones tradicionalmente atribuidas a los servicios auxiliares de la jurisdicción. IV. EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL Y ADECUACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL A LA DEMANDA DE TUTELA JUDICIAL.

I. EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL: SIGNIFICADO, DIFICULTAD Y NECESIDAD DE SU EVALUACIÓN

En el último decenio ha sido frecuente utilizar el parámetro de la eficiencia para analizar cuestiones sobre la justicia y su funcionamiento. En dos coloquios de la Asociación Internacional de Derecho Procesal se analizó la eficiencia, en el Coloquio organizado en la Universitat de València en 2008, en relación con las

formas oral o escrita del procedimiento¹, y en el que organizó la Universidad de Vilnius en 2015, en su relación, más en general, con la ordenación del proceso civil². El tema del II Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, organizado por la Universitat de València en junio de 2019, se enunció como "Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?"³. Por fin, aunque no se mencionaba el término, una reflexión sobre la eficiencia estaba implícita en el tema del Congreso Mundial de Derecho Procesal que la AIDP celebró en Estambul en mayo de 2015, que versó sobre la "Tutela judicial efectiva en tiempos de austeridad"⁴.

Estas notas se enmarcan en esa perspectiva de examen de la justicia civil, específicamente de la española.

1. Evaluar la eficiencia de la justicia civil no significa asumir un criterio economicista

Dos referencias a los temas de las reuniones científicas que acabo de mencionar justifican que, antes de seguir, deba aclararse el significado del parámetro de la eficiencia aplicado a la evaluación de la justicia civil.

Por un lado, la eficiencia hace relación con una valoración económica, con los costes, en este caso, de la justicia. Reconocer esta conexión genera, en ocasiones, reticencias frente a esta perspectiva de análisis, por considerar que éste se limitará a atender a criterios económicos y solo atenderá al objetivo de reducción de costes.

Por otro lado, hay tendencia a considerar que atender a las exigencias de la eficiencia se enfrenta dialécticamente con el respeto a las garantías fundamentales del proceso.

¹ Carpi, F., Ortells, M. (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universitat de València, 2008.

² *Trends in economy and efficiency of civil procedure*, Vilnius University Press, Vilnius, 2013.

³ Pendiente la publicación de las ponencias, puede encontrarse información sobre el mismo en <https://congresos.adeituv.es/derechoprocesal19/> (última visita 12/07/2019).

⁴ <http://www.iaplav.org/index.php/es/actividades-eventos/actividades-eventos-pasados?start=8> (última visita 12/07/2019).

En mi opinión, ni la objeción del economicismo es correcta, ni lo es concebir la eficiencia como algo opuesto a las garantías.

En general, la eficiencia expresa un razonamiento que relaciona resultados, perseguidos y obtenidos, y medios utilizados para ello, y, con ese sentido, se aplica a muy diversos campos de la actividad humana. Referida a la justicia civil, la eficiencia consistiría en la mejor relación entre los objetivos que aquella debe alcanzar y los costes de la actividad que se realiza para lograrlo. Ni solo atiende a los costes, ni da preeminencia a su reducción sobre el respeto a las garantías, sino que razona relacionando dos términos –fines y medios–. Empecemos por definirlos.

El primer término que debe ser definido es el de los objetivos o fines a cuyo servicio está la justicia civil. Sin revisar ahora todas las respuestas a una pregunta de esa magnitud, me parece ilustrativo partir de la distinción que estableció Rawls entre tres tipos de justicia procesal –pura, perfecta e imperfecta–⁵. El proceso civil encaja en el tipo de la “justicia procesal imperfecta”, puesto que tiene como objetivo producir resultados justos, si bien, aunque está diseñado para lograr ese fin, no puede asegurarse que siempre lo alcance.

En todo caso, la justicia civil no tiene como fin sólo resolver conflictos de una cierta clase, lo que podría hacerse procediendo de cualquier manera, sino resolverlos con justicia⁶, mediante decisiones que merezcan ser consideradas ecuanímes, correctas, acertadas y justas⁷.

Este fin de la justicia civil implica exigencias en un doble plano. En primer lugar, su ordenación debe respetar las garantías fundamentales establecidas por convenios internacionales de derechos humanos (art. 10 DUDH, art. 14.1 PIDCP,

⁵ Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, (Trad. González, M. D.), Fondo de Cultura Económica, México, 1979, pp. 106 y ss.

⁶ Su fin es establecer la “paz con justicia”, según la feliz expresión carnelluttiana - Carnelutti, F., *Sistema del Diritto Processuale Civile*, I, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1936, p. 247.

⁷ Taruffo, M., “Orality and writting as factors of efficiency in civil litigation”, *Oral and written proceedings: Efficiency in civil procedure*, Carpi F., Ortells M. (eds.), Universitat de València, Valencia 2008, pp. 186-188.

art. 6.1 CEDH, art. 47 CDFUE) y por las constituciones nacionales, en nuestro caso, principalmente los arts. 24, 14 y 117 a 120 CE. En segundo lugar, la justicia civil debe tener como objetivo la emisión de una resolución judicial correcta, por el acierto de los juicios sobre los hechos, de los juicios de valor y, específicamente, de los juicios de Derecho para decidir el asunto litigioso⁸.

La dificultad respecto de este primer término para evaluar la eficiencia de la justicia civil afecta, esencialmente, a la objetivación –ya no digamos a la cuantificación– del grado con el que se alcanzan los objetivos mencionados. Ante la extrema dificultad de apreciar directamente este factor, los estudios sobre la eficiencia de la justicia civil suelen atender a indicios que revelan el respeto a las garantías procesales fundamentales y el reconocimiento del grado de corrección de los resultados⁹.

El otro término que debe ser considerado para apreciar la eficiencia de la justicia civil está constituido por los costes que genera la actividad mediante la cual se realiza el proceso y la duración de la misma¹⁰.

Por un lado, están los costes directos, que tienen un doble componente. Por un parte, el gasto público destinado a financiar los medios personales y materiales para el funcionamiento de la justicia civil. Por otra parte, están los costes privados que genera el acceso a la justicia, entre los que se hallan, principalmente, las retribuciones de los profesionales del Derecho que defienden a las partes y los costes producidos por la preparación y práctica de las pruebas, especialmente de la prueba pericial. Según la regulación de cada ordenamiento,

⁸ Para un análisis del significado de decisión judicial correcta véase, Carbonell Bellolio, F., “Sobre la idea de decisión judicial correcta”, en *Análisi e diritto/Análisis y derecho/ Law and analysis/ Droit et analyse/Análise e direito*, 2015, pp. 11-46.

⁹ Además de las técnicas para apreciar esos elementos cualitativos que mencionaremos en el apartado II.2 de este trabajo, véanse las que cita Ramos Romeu, F., “Forma del procedimiento y funcionamiento de la Justicia: Análisis de Derecho comparado”, en Carpi, F., Ortells, M. (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, Universitat de València, 2008, p. 483.

¹⁰ Para la sintética exposición del texto sigo a Pastor Prieto, S., “¿Penuria de medios? Un análisis empírico de los costes públicos y privados visibles y ocultos de la Justicia”, *La justicia procesal*, CGPJ, Madrid, 2009, pp. 351-378, 384-420. También de interés algunos trabajos de la obra colectiva *El coste de la justicia*, CGPJ, Madrid, 2001; en especial, Pastor Prieto, S., Vargas Pérez, C., “El coste de la justicia: datos y un poco de análisis”, Uría Fernández, F., “Justicia y Hacienda”, Sánchez Cuartero, E. “Coste, duración y eficacia de algunos procedimientos frecuentes”.

las tasas judiciales convierten en coste privado la totalidad o una parte del gasto público imputable a un determinado proceso civil.

Por otro lado, se producen costes indirectos o colaterales que corresponden a las consecuencias negativas específicamente derivadas del mal funcionamiento de la justicia en procesos determinados. Estos costes pueden ser públicos, como las indemnizaciones que debe pagar el Estado por errores judiciales y por el funcionamiento anormal de la administración de justicia, en el que se incluye la dilación indebida en la tramitación y resolución del proceso. También hay costes privados indirectos, como lo son los costes de oportunidad que sufre un agente económico a causa de que sus activos patrimoniales se hallan afectados por un proceso y por la inseguridad de sus resultados.

Por fin, los llamados costes ocultos de la justicia son, también, costes indirectos, pero no están relacionados con procesos concretos, sino con el funcionamiento general de la justicia civil, que es un factor al que los operadores económicos atienden para la toma de decisiones. Una percepción de mal funcionamiento es considerada por los operadores "como un aumento de la incertidumbre o de los costes o unos menores beneficios de la actividad que estén desarrollando o piensen desarrollar, y tratarán de trasladarlo en cuanto puedan imponiendo una mayor prima de riesgo al país (o al prestatario), aumentando los precios, reduciendo la oferta de bienes y servicios o, en su caso, la demanda. Descensos en la inversión, disminuciones en la contratación laboral, el otorgamiento de créditos, la compra de bienes de consumo, la construcción de viviendas son manifestaciones comunes de este problema"¹¹.

¹¹ Pastor, "¿Penuria de medios?", cit., p. 414 y pp. 415-420. Para una profundización en los costes ocultos de la justicia debe verse, Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, 2011, 8ª edición, y son muy ilustrativos estudios sobre la incidencia del funcionamiento de los tribunales en el mercado del crédito, como el de Jappelli, T., Pagano, M., Bianco, M., "Courts and Banks: Effects of Judicial Enforcement on Credit Markets", *Journal of Money, Credit, and Banking*, Volume 37, Number 2, March 2005, pp. 223-244; y sobre la incidencia de la protección jurídica y judicial de la propiedad, del cumplimiento de los contratos y de los derechos de los inversores sobre el desarrollo de los mercados financieros y el crecimiento económico, como el de Beck, Th., Levine, R. 2003. "Legal Institutions and Financial Development". Policy Research Working Paper; No. 3136. World Bank, Washington, DC. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18057> License: CC BY 3.0 IGO (última visita 15/07/2019). También Palumbo, G. et al. (2013), "The Economics of Civil Justice: New Cross-country Data and Empirics", OECD Economics Department Working Papers, No. 1060, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5k41w04ds6kf-en> (última visita 15/07/2019).

En contraste con el primer término a considerar para evaluar la eficiencia de la justicia civil, los factores de coste y duración de los procesos parecen más objetivables e incluso cuantificables, porque remiten a datos de hecho y no a criterios normativos.

Aunque lo anterior es cierto, son necesarias dos matizaciones.

En primer lugar, estos factores no solo expresan datos de hecho, sino también valores normativos. La duración del proceso está implicada en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) o a ser oído en un plazo razonable (art. 6.1 CEDH). Resulta obvio, al menos respecto de los costes públicos directos de la justicia civil, que, aun prescindiendo de lo que deriva del principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), los poderes públicos tienen el deber constitucional de financiar una amplia variedad de políticas públicas, de modo que han de ponderar la atención presupuestaria a las mismas. No es jurídicamente defendible sostener que un pretendido máximo grado de calidad de la justicia civil justifica la asignación de cualquier cantidad de gasto público a su financiación.

En segundo lugar, subsisten dificultades para reunir datos fiables sobre los factores de duración y coste del proceso y, principalmente, continúa siendo una tarea muy compleja determinar la relación entre las políticas que actúan sobre los factores influyentes en la duración y coste del proceso y los cambios en el grado de consecución de los fines de la justicia civil¹².

Establecidos, de modo general, los términos para apreciar la eficiencia de la justicia civil, puede sentarse como corolario que es eficiente la justicia civil cuya ordenación, de una parte, maximiza el respeto a las garantías fundamentales del proceso civil y el grado de corrección de sus resultados, y, de otra, minimiza los costes directos e indirectos causados por la realización del proceso. Está implícito en lo dicho que la eficiencia se manifiesta como una cualidad gradual, que se mueve desde una óptima y una pésima relación entre los dos términos apuntados.

¹² Véanse, por ejemplo, las referencias bibliográficas reseñadas en Palumbo, “The Economics of Civil Justice”, cit., p. 7.

No sería razonable proponerse, en este momento, una mayor determinación de lo que significa una justicia civil eficiente¹³. En todo caso, es obvio que esta cualidad de la justicia civil no sólo está en función de la minimización de los costes del proceso¹⁴, sino del equilibrio entre, por un lado, el respeto a garantías del proceso y el grado de obtención de resultados procesales correctos, y, por otro lado, los costes que implica hacer justicia.

2. Aproximaciones a la evaluación de la eficiencia de la justicia civil en España

Como apunté en el apartado anterior, es difícil una propia evaluación de la eficiencia, es decir, una que aprecie la interrelación entre los dos términos de los que depende la misma. Las evaluaciones que pueden presentarse se refieren, más bien, a componentes o elementos que forman parte relevante de aquellos dos términos. En ese sentido son una aproximación a la evaluación de la eficiencia.

Estas evaluaciones, variadas en cuanto a metodología y en cuanto a resultados, no son fáciles de sintetizar en este trabajo. Me limitaré a unos apuntes suficientemente ilustrativos.

El proyecto *Doing Business* del Banco Mundial genera unos informes anuales que incluyen información sobre el funcionamiento de una parte de la justicia civil –atienden a las reclamaciones por incumplimiento contractual–, y ello, además, con exclusiva atención a la duración de los procedimientos y a los costes privados de los mismos¹⁵, lo que no contribuye a una evaluación completa y no

¹³ En efecto, una institución con la capacidad de acopio de datos y de valoración de los mismos como la CEPEJ expresaba, tras un trabajo de ocho años, la conclusión de que: “It is understood that these various issues deserve to be further studied, within the framework of an in-depth analysis that the CEPEJ will carry out in a second phase of this evaluation process” (*European judicial systems. Edition 2012 (Data 2010). Efficiency and quality of justice*, CEPEJ Studies No. 18, p. 385, accesible en <https://www.coe.int/en/web/cepej/documentation/cepej-studies> (última visita 15/07/2019).

¹⁴ En este sentido la crítica a los informes anuales del Banco Mundial, *Doing Business*, que presentan, en opinión de Mohando, L. F., “The World Bank Doing Business Ranking of Quality of Justice: Critical Analysis”, *Juridica International*, XVI/2009, pp. 203-215, una visión unilateral –y, por tanto, equivocada– de la eficiencia de la justicia.

¹⁵ Los informes anuales y la base de datos generada pueden consultarse en <http://www.doingbusiness.org> (última visita 15/07/2019).

sesgada de la eficiencia¹⁶. En el informe de 2017, en un ranking de 190 economías, España ocupaba el puesto 29, el 26, en el informe de 2018, para situarse en el 23 en el informe de 2019¹⁷.

*World Justice Project*¹⁸ evalúa la calidad de la justicia civil como uno de los factores relevantes para considerar implantado el imperio de la ley, atendiendo, junto a la existencia y calidad de medios no judiciales de solución de controversias, no solo a la razonable duración de los procedimientos y a la asequibilidad del acceso a la justicia, sino también a que la misma esté libre de discriminación, de corrupción y de influencias indebidas por parte de los poderes públicos. Los datos se obtienen mediante encuestas abiertas a muestras representativas del público y por respuestas a cuestionarios dirigidos a profesionales del Derecho y académicos en materias jurídicas¹⁹. En el ranking global del informe de 2019, España ocupa el puesto 23 de 126 países considerados, el mismo puesto de los 38 países con similar nivel de renta y el puesto 15 de 24 países de su región²⁰.

La CEPEJ realiza trabajos de evaluación de los sistemas judiciales de los Estados pertenecientes al Consejo de Europa²¹, entre ellos los informes bianuales sobre la eficiencia y calidad de los sistemas judiciales europeos.

¹⁶ Esa crítica puede sostenerse a pesar de un cambio en la metodología que se ha producido a partir del informe de 2016, consistente –*Doing Business* 2016, accesible en <http://www.doingbusiness.org> (última visita 15/07/2019), p. 92– en sustituir la valoración del componente de complejidad de los procedimientos por la de la introducción de buenas prácticas que promueven calidad, que se centran solamente en la especialización de tribunales mercantiles, aplicación de técnicas de gestión a los procedimientos y uso de medios electrónicos.

¹⁷ Los correspondientes informes son accesibles en <http://www.doingbusiness.org> (última visita 15/07/2019) y los datos referidos a España constan, respectivamente, en p. 240, p 194 y p. 204.

¹⁸ Para acceder a las bases de datos y a los informes de este proyecto: <http://worldjusticeproject.org> (última visita 15/07/2019).

¹⁹ Sobre los aspectos evaluados y la metodología véase *World Justice Project, Rule of Law Index 2019*, accesible en <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index> (última visita 15/07/2019), pp. 13 y 161-163.

²⁰ *World Justice Project, Rule of Law Index 2019*, accesible en <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index> (última visita 15/07/2019), p. 135.

²¹ La más completa información sobre CEPJ y sus trabajos es accesible en <https://www.coe.int/en/web/cepej/home> (última visita 15/07/2019).

El alcance de la comparación de los sistemas judiciales que se propone la CEPEJ va más allá de un estrecho concepto de eficiencia –sólo atento a costes y duración–, persiguiendo también examinar la calidad y la efectividad de la justicia. Eso explica la diversidad de componentes de los sistemas judiciales que son objeto de examen: esfuerzo presupuestario dedicado al sistema judicial, atención a la justicia gratuita, número y distribución territorial de los tribunales –incluyendo las manifestaciones de la llamada e-justicia–, número de jueces y características de su estatuto, número y características del personal no judicial al servicio de los tribunales, derechos de las personas ante los tribunales y confianza del público en los mismos, carga de trabajo de los tribunales, duración de los procedimientos y efectividad de la ejecución de las decisiones de los tribunales²².

Como se indica en el último informe publicado²³, si bien el interés del mismo radica, más allá de las cifras, en la ilustración de las tendencias generales, de la evolución y de las cuestiones comunes de los sistemas judiciales de los Estados europeos, al examinarse los diversos componentes mencionados se presentan cuadros comparativos de datos que objetivan las valoraciones. No se establecen rankings generales en los que ubicar el sistema judicial español, pero pueden destacarse algunos datos significativos de la posición de ese sistema judicial en el conjunto de sistemas analizados. Así, la duración estimada en días (datos de 2016) para la resolución, en primera instancia, de un asunto no penal por los tribunales españoles era de 282 días, siendo la media de los Estados europeos considerados de 233 días y la mediana de 192 días²⁴. En otro componente significativo –número de jueces por 100.000 habitantes– la ratio española es de 12, siendo la media europea de 22 y la mediana de 18, siempre con datos de 2016²⁵.

Desde 2013, la Unión Europea –que cuenta para esta tarea con la colaboración de CEPEJ– elabora un cuadro de indicadores relacionados con la eficiencia

²² CEPEJ, *Report on “European judicial systems – Edition 2018 (2016 data): efficiency and quality of justice”*, accesible en <https://www.coe.int/en/web/cepej/documentation/cepej-studies> (última visita 15/07/2019). Acceso a las bases de datos para el informe de 2018 y de los informes de los períodos bianuales anteriores en <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/evaluation-of-judicial-systems> (última visita 15/07/2019).

²³ CEPEJ, *Report on “European judicial systems – Edition 2018”*, cit., p. 9.

²⁴ CEPEJ, *Report on “European judicial systems – Edition 2018”*, cit., p. 250.

²⁵ CEPEJ, *Report on “European judicial systems – Edition 2018”*, cit., p. 103.

de la justicia (duración de los procedimientos, tasa de resolución de asuntos ingresados y asuntos pendientes), con su calidad (formación de los jueces, supervisión y evaluación de la actividad de los tribunales, presupuesto y recursos humanos destinados a los mismos) y con la percepción de la independencia de los sistemas judiciales²⁶. Teniendo en cuenta ese cuadro y los resultados del Eurobarómetro sobre la Justicia en la UE²⁷, un estudio publicado en 2015 ponía de manifiesto que los ciudadanos españoles se encuentran entre los más críticos con los diversos aspectos de calidad del sistema judicial sobre los que fueron encuestados²⁸.

En el ámbito interno, el CGPJ presenta, desde 2003²⁹, tres indicadores de calidad: (1) porcentaje de sentencias dictadas por jueces de carrera, (2) porcentaje de sentencias recurridas y porcentajes de los posibles resultados de los recursos, y (3) duraciones medias estimadas en meses de los asuntos en cada grado jurisdiccional.

En un trabajo anterior he utilizado el indicador de la duración media estimada de la primera instancia para ilustrar la mejora del proceso civil español en cuanto a la duración de esa etapa procesal desde la entrada en vigor de la LEC/2000³⁰.

²⁶ Puede accederse al cuadro de indicadores publicado en 2019, así como a los de las anteriores anualidades, en http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm (última visita 15/07/2019).

²⁷ Este estudio –accesible en https://data.europa.eu/euodp/es/data/dataset/S1104_385 (última visita 16/07/2019)– se elabora a partir de encuestas a amplios grupos de población de todos los países de la UE acerca de la experiencia y conocimiento del propio sistema judicial, el grado de confianza en el mismo y sobre su valoración comparada con sistemas de otros países de la UE.

²⁸ Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: Análisis comparativo y propuestas de mejora*, Bosch Editor, Barcelona, 2015, pp. 117-148.

²⁹ En la publicación anual de datos estadísticos *La Justicia Dato a Dato*, cuya sucesivas ediciones están disponibles en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Justicia-Dato-a-Dato/> (última visita 16/07/2019).

³⁰ En Ortells Ramos, M., *Garantías, eficiencia y formas del proceso civil: La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 en el contexto europeo*, Coordinación Editorial, Consejo General de la Judicatura del Estado de Nuevo León, México, 2018, pp. 129-133. La duración media (en meses) en los años siguientes a los que considero en mi trabajo ha registrado oscilaciones leves, pero, salvo la especial situación de los Juzgados de lo Mercantil, tiende a estabilizarse en duraciones siempre inferiores a las de la entrada en vigor de la LEC/2000.

Ciertamente la utilidad de este indicador puede ser puesta en cuestión porque reparte entre todos los procedimientos del sistema la muy reducida duración de algunos que son frecuentes en el mismo –p. ej., los procedimientos monitorios–.

En otro trabajo utilicé el indicador relativo a los recursos³¹ para explicar, por un lado, cómo los bajos porcentajes de recurso de apelación pueden considerarse significativos de una relativamente elevada aceptación por las partes de la calidad de las resoluciones recurribles, y, por otro, que los bajos porcentajes de estimación total o parcial de los recursos pueden considerarse representativos de un elevado grado de calidad de las resoluciones recurridas desde la perspectiva de los órganos jurisdiccionales que están encargados del que podríamos llamar “control institucional de calidad del sistema”, es decir, del examen de los recursos. También estos indicadores pueden ser criticados. El bajo porcentaje de recurso puede responder más a la intención de no incrementar los costes, que a la aceptación de la calidad de la sentencia. Los altos porcentajes de confirmación pueden atribuirse, más que a una verificación de la calidad de las resoluciones recurridas, a que la confirmación requiere menor esfuerzo que la revocación o/y a que una tendencia restrictiva en la estimación de los recursos persigue desincentivar a los litigantes de su interposición y proteger al tribunal frente a sobrecargas de trabajo.

Estas referencias a los métodos y los resultados de la evaluación de la justicia civil son reveladoras de las dificultades para encontrar datos y técnicas fiables para evaluar su eficiencia. Sin embargo, incluso esa conclusión, si se llega a la misma tras considerar con interés la justicia civil desde una perspectiva no frecuente entre juristas, tiene el aspecto positivo de convencer de la urgencia de perfeccionar los indicadores de funcionamiento de la justicia civil y el conocimiento de las interconexiones entre su calidad y sus costes. Sólo de ese modo se podrá conocer objetivamente el estado de la misma, detectar la incidencia que pueden tener las reformas proyectadas y elegir los medios más adecuados para llevarlas a cabo. Y esa tarea no es sólo de juristas, pero tampoco exclusiva de sociólogos, economistas y estadísticos.

³¹ Ortells Ramos, M., “Efficiency of civil justice and appeals system. The Spanish reforms in the European context”, en *Trends in economy and efficiency of civil procedure*, Vilnius University Press, Vilnius, 2013, cuadro de la p. 184 y explicación en pp. 184-188.

En los apartados que siguen consideraré, desde la perspectiva de la eficiencia, diversos medios de mejora de la misma que, en tiempos recientes, se han aplicado, o proyectado aplicar, a la justicia civil española. Principalmente resaltaré los puntos de fricción entre los dos términos relevantes para apreciar la eficiencia –garantías procesales y calidad de resultados, por un lado, y duración y costes de la actividad, por otro–.

II. MEJORAR LA EFICIENCIA MEDIANTE REFORMAS DE LA LEY PROCESAL

Una de las vías para mejorar la justicia civil es la de perfeccionar la ley básica del proceso mediante el que se imparte. Sin duda es una vía importante en todos los ordenamientos en los que, como en el español, es la ley la que regula los poderes de los tribunales, las situaciones jurídicas de quienes acuden a los mismos y la interrelación de las actividades de unos y de otros para decidir sobre la tutela judicial pedida.

Ahora bien, el derecho a la tutela judicial, como derecho fundamental, a diferencia de los derechos de libertad, no es un derecho que pueda ser satisfecho simplemente respetando el libre y pacífico ejercicio del mismo por sus titulares, sino que requiere una prestación del Estado a través de sus tribunales.

Precisamente por esa cualidad del derecho a la tutela judicial, el Tribunal Constitucional tiene establecido, y recuerda continuamente, que la satisfacción del mismo sólo pueda obtenerse “por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos”³². Ahora bien, el carácter prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva tiene también otra dimensión: es responsabilidad del Estado organizar, gestionar y financiar los medios personales y materiales destinados a la prestación de la tutela judicial.

Consiguientemente, para incidir sobre la prestación de la tutela judicial con el objetivo de mejorarla no solo se puede y se debe actuar sobre la ley que la

³² STC 207/2015, de 5 de octubre de 2015, Fj 2, citando, entre muchas sentencias, STC 311/2000, de 18 de diciembre, Fj 3, STC 124/2002, de 20 de mayo, Fj 3, y 327/2005, de 12 de diciembre, Fj 3.

regula, como veremos en este apartado II, sino también sobre la organización y la gestión de los medios con los que el Estado realiza aquella prestación, como expondremos en los apartados III y IV.

1. La LEC/2000 y la superación de una legislación procesal civil anticuada y confusa

A finales del siglo XX, la legislación procesal civil española permanecía en un estado de notable atraso, tanto desde el punto de vista de su adecuación a las necesidades sociales y económicas de su tiempo, como desde la perspectiva de la perfección técnica de sus instrumentos jurídicos³³.

La nueva ordenación del proceso debida a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 supuso, frente al estado normativo precedente, un gran avance de técnica jurídica sobre diversos y fundamentales puntos del régimen del proceso civil³⁴. En este aspecto, la LEC/2000 ha contribuido a mejorar uno de los términos de la eficiencia –garantías procesales y reglas dirigidas a mejorar la corrección de los resultados del proceso–.

Pero la LEC/2000 también introdujo un cambio radical en la forma del procedimiento, que no sólo es condicionante de la calidad de los resultados, sino que influye de manera directa e intensa en el otro término de la eficiencia –duración y coste–.

³³ Para una síntesis y crítica del estado de la legislación procesal civil española en ese momento pueden verse, junto con las obras que en ellos se citan, Miras, A., *Die Entwicklung des spanischen Zivilprozessrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1994, pp. 103-178; Ortells Ramos, M., “Código tipo y reforma del proceso entre Derecho común y Derecho uniforme en América Latina”, en *Un “Codice tipo” di procedura civile per l’America Latina*, Schipani, S., Vaccarella, R. (eds.), Cedam, Padova, 1990, pp. 76-87; Ortells Ramos, M., “Le Code de Procédure Civile de 1806 et la première codification procédurale civile espagnole: parallélismes, coïncidences, divergence”, en *De la commémoration d’un Code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*, Cadiet, L., Canivet, G. (Eds.), Lexis Nexis Litec, 2006, pp. 167-186.

³⁴ Visiones sintéticas de los cambios las he presentado en Ortells Ramos, M., “Auf dem Wege su einem neuen Zivilprozessrecht in Spanien: Der Vorentwurf eines neuen Zivilprozessgesetzes (Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997)”, en *ZZPInt*, 1998, pp. 92-93; y, del mismo autor, “Der neue spanische Zivilprozess. Leitlinien der Ley de Enjuiciamiento Civil vom 7. Januar 2000”, en *ZZPInt*, 1998, pp. 95-129.

Como es sabido, la opción, para el proceso de declaración, ha sido combinar escritura y oralidad. La primera rige los actos de alegación y petición iniciales del proceso. La oralidad, en cambio, es la forma para que las partes realicen las modificaciones legalmente permitidas de aquellos actos iniciales, para la práctica de la prueba y para las alegaciones conclusivas.

Y la opción ha sido acertada. Uno de los éxitos más llamativos de la nueva ley ha sido, precisamente, haber conseguido corregir la tradicional divergencia entre norma y realidad en la realización de las actividades procesales sujetas a la oralidad e intermediación³⁵. Por lo demás, la LEC/2000 ha sido considerada como una de las reformas procesales civiles europeas representativas de la tendencia a un sistema procesal que es *“faster, more efficient, and involve lower and more proportionated transactionals costs”*³⁶. En efecto, el comienzo de la aplicación de la LEC/2000 coincide con una mejora de la duración media estimada de la primera instancia³⁷.

2. Reformas de la LEC/2000 dirigidas a reducir la actividad procesal

La LEC/2000 ya ha tenido reformas dirigidas a mejorar la eficiencia de la justicia civil actuando, principalmente, sobre uno de los factores de la misma. La idea subyacente consiste en revisar las actividades que los tribunales deben realizar para cumplir lo dispuesto por la ley procesal con la finalidad de comprobar si son necesarias o convenientes para el respeto a las garantías procesales fundamentales y para la calidad de los resultados del proceso, con la consecuencia de suprimir las actividades no justificadas y de no dilapidar la capacidad de trabajo del tribunal y de las partes. Obviamente, estas reformas acaban siendo un test para el delicado equilibrio entre los términos de los que depende la eficiencia.

³⁵ Lo constata, desde posiciones inicialmente desconfiadas frente a la reforma, el “Informe sobre un año de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, de la Fundación Antonio Carretero, en *Jueces para la Democracia*, núm. 444, julio/2002, p. 67: “hay que destacar que se ha producido una rotunda asunción por los juzgados civiles del principio de intermediación, que con la anterior legislación brillaba por ausencia”. El cambio cualitativo es esencial, pues el juez aprecia directamente las declaraciones de las partes, testigos y peritos, y asiste a los informes de los litigantes tras su terminación”.

³⁶ Hodges, Ch., *The reform of class actions in European legal systems. A new framework for collective redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 52.

³⁷ Ortells Ramos, *Garantías, eficiencia y formas del proceso civil*, cit., pp. 130-133.

A) El descubrimiento de los resultados del procedimiento monitorio y la extensión de la técnica monitoria

El procedimiento monitorio es el que tiene más amplia incidencia en la reducción de la actividad procesal. Fue introducido por la LEC/2000 para la tramitación de reclamaciones de deudas dinerarias, liquidas, de importe no superior a cinco millones de pesetas y con alguna acreditación, en principio, documental³⁸.

Desde la entrada en vigor de la LEC/2000, el procedimiento monitorio demostró su utilidad para aliviar la carga de trabajo de los tribunales en la tramitación de los procedimientos declarativos.

Hasta 2010 el porcentaje de monitorios sobre el total de procedimientos declarativos creció del 29'5 % (2002) hasta el 61'2 % (2010)³⁹. Además, de los procedimientos monitorios registrados anualmente, sólo porcentajes que, sumados, raramente han superado el 10 % en cada año desde la entrada en vigor de la LEC/2000, se han transformado, por la oposición del requerido de pago, en juicio ordinario o en juicio verbal, mientras que, a lo largo de esos años, porcentajes que han oscilado entre el 35'8 % y el 44'3 %, y más frecuentemente próximos a la última cifra, han terminado con la creación de título ejecutivo. El resultado de pago ha tenido, sin embargo, porcentajes decrecientes desde 2002 (20'4 %) y 2010 (7'7 %)⁴⁰.

Estos resultados de la técnica monitoria estimularon al legislador a ampliar su ámbito de aplicación en una doble dirección. Por un lado, una reforma de

³⁸ Entre una amplia bibliografía, véase, Correa Delcasso, J. P., *El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000; Bonet Navarro, J., *Los procedimientos monitorios civiles en Derecho español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014; Planchadell Gargallo, A., *La tutela del crédito en el proceso monitorio*, La Ley, Madrid, 2015.

³⁹ Para los datos hasta 2009, *Datos de Justicia. Boletín Información Estadística Nº 22 - Noviembre 2010*, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Datos-de-Justicia/Datos-de-Justicia> (última visita 17/07/2019). Para los datos de 2010, *Memoria del CGPJ*, 2011, apartado "Panorámica de la justicia 2010", p. 12, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias> (última visita 17/07/2019).

⁴⁰ Los datos pueden encontrarse en *La Justicia Dato a Dato*, que publica el CGPJ desde 2003, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Justicia-Dato-a-Dato/> (última visita 17/07/2019).

2009 elevó a 250.000 euros el límite máximo de la deuda reclamable por este procedimiento, hasta que una reforma de 2011 ha eliminado totalmente ese límite. Por otra parte, la última reforma citada extendió la aplicación de la técnica monitoria a las pretensiones de desahucio arrendaticio por falta de pago⁴¹.

Actualizando datos a 2017, los procedimientos monitorios comunes oscilan entre el 55 % y el 37'9 % de los procedimientos declarativos registrados en cada año⁴², con porcentajes muy bajos de transformación a procedimientos declarativos comunes a instancia del requerido de pago⁴³ y con porcentajes de creación de títulos ejecutivos que van del 36'8 % al 40 %⁴⁴.

La aportación de este tipo de procedimiento a una de los términos de la eficiencia –duración y coste– es, sin duda, positiva. El problema es si merece la misma valoración su incidencia sobre el otro término –es decir, garantías procesales y calidad de los resultados–.

Por un lado, la ordenación de este procedimiento implica reglas que afectan a la garantía fundamental de la contradicción, por las consecuencias que se extraen de la falta de actividad del requerido para cumplimiento. Que esa afectación pase a significar lesión, depende principalmente de cómo se regule la comunicación del requerimiento. Con matices relativos a monitorios especiales, el Derecho español ha resuelto correctamente la protección del derecho a la contradicción, porque el requerimiento de pago debe ser notificado personalmente al designado como deudor o, de no hallarse ocasionalmente ese destinatario presente en

⁴¹ Bonet, *Los procedimientos monitorios*, cit., pp. 209-228.

⁴² Específicamente: 2011: 55'5 %; 2012: 55 %; 2013: 50'4 %; 2014: 52'8 %; 2015: 48'8 %; 2016: 45'5 %; 2017: 37'9 % (Fuente: *Panorámica de la Justicia*, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Panoramica-de-la-Justicia/Panoramica-de-la-Justicia> (última visita 17/07/2019)).

⁴³ Específicamente: 2011: 6'2 %; 2012: 7'6; 2013: 8'5; 2014: 8'4; 2015: 7'9 %; 8,1 %; 2016: 8'1 %; 2017: 9'1 % (Fuente: *La Justicia Dato a Dato*, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/> –última visita 17/07/2019–).

⁴⁴ Específicamente: 2011: 38'2 %; 2012: 39'0 %; 2013: 40'3 %; 2014: 37'4; 2015: 34'6 %; 2016: 36,8 %; 2017: 39'7 % (Fuente: *La Justicia Dato a Dato*, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/> –última visita 17/07/2019–).

su domicilio o lugar asimilado, a personas vinculadas con él y que tienen el deber legal de entregarle la documentación del requerimiento practicado⁴⁵.

Por otro lado, alguno de los posibles resultados del requerimiento y de sus consecuencias sobre esta modalidad de procedimiento –pago y, principalmente, inactividad del requerido de pago– podía llevar a pensar que cabe prescindir de la intervención del juez y del ejercicio de su potestad. En efecto, el art. 456.6, d LOPJ tiene previsto que el secretario judicial, ahora letrado de la administración de justicia, dicte “en su caso, resolución de los procedimientos monitorios”. La LEC concreta esa potestad limitando a una resolución del letrado de la administración de justicia la conclusión del procedimiento en los casos de pago (art. 817) e incomparecencia del requerido (art. 816). La razón probable es que estos resultados del procedimiento dependen del poder dispositivo de las partes, de modo que el letrado de la administración de justicia solo ejerce una función de certificación, no una potestad de resolución sobre el derecho de crédito. Pero esta explicación ha sido criticada porque, al admitir la solicitud inicial del procedimiento, el letrado ha realizado un juicio sobre el derecho de crédito y la realidad de los hechos de los que deriva⁴⁶. Que esta crítica está justificada ha sido jurisprudencial y legalmente confirmado, por lo menos, respecto del carácter preceptivo de un control jurisdiccional de oficio de las posibles cláusulas abusivas en contratos de empresas y profesionales con consumidores. Así, en previsión de lo que acabaron por resolver las STJUE, Sala 1^a, 18 febrero 2016, C-49/2014 y STJUE, Sala 5^a, 16 febrero 2017, C-503/2015, se introdujo en el art. 815 LEC un apartado 4 para dejar claro el respeto a la garantía jurisdiccional en el examen de esa cuestión.

B) Otras reformas de menor alcance

Otras reformas que comportan una reducción –un ahorro– de la actividad procesal son minimalistas en cuanto a sus resultados en comparación con los que derivan de aplicar la técnica monitoria. No obstante, un sistema judicial que maneja una enorme cantidad de asuntos no puede menospreciar las contribuciones

⁴⁵ Acerca de la forma de comunicación del requerimiento, Correa, *El proceso monitorio*, cit., pp. 170-185; Bonet, *Los procedimientos monitorios*, cit., pp. 113-118; Planchadell, *La tutela del crédito*, cit., pp. 118-123.

⁴⁶ Bonet, *Los procedimientos monitorios*, cit., p. 130.

al ahorro de su capacidad de trabajo que provengan de pequeñas reducciones de actividad.

Lo decisivo para apreciar si estas reformas significan una mejora de la eficiencia de la justicia civil consiste en determinar si la reducción de actividad está justificada considerando los objetivos de preservar las garantías procesales fundamentales y la calidad de los resultados del proceso. A partir de este criterio, las valoraciones de las reformas son desiguales. Veamos algunos ejemplos.

1º) Una reforma de 2011 modificó la configuración originaria que la LEC/2000 había hecho del procedimiento de la apelación para suprimir un escrito de anuncio del recurso que, por su contenido mínimo, era inútil e innecesario. Un escrito de esas características tuvo sentido en la apelación del antiguo proceso civil, porque, al menos según la ley, daba oportunidad para replantear genéricamente en el recurso las cuestiones tratadas en la primera instancia que no se hubieran resuelto de modo favorable a la parte recurrente o para delimitar de otro modo aquel replanteamiento. Sin embargo, era absurdo mantener ese escrito cuando la LEC/2000 había optado por imponer al recurrente que –en un plazo siguiente al del acto de anuncio– determinara, mediante otro escrito, qué pronunciamientos de la sentencia impugnaba y cuáles eran los fundamentos de su impugnación. El resultado era una clara ineficiencia del acto de anuncio, que no servía para delimitar el alcance del recurso, pero que ocupaba al recurrente y, sobre todo, a la oficina judicial, con los costes correspondientes.

2º) La restricción del acceso al recurso, excluyendo que determinadas resoluciones puedan ser recurridas, implica una radical reducción de la actividad judicial dentro del sistema. La LEC/2000 no conservó una restricción que se había introducido en 1992, que excluía la apelación de sentencias en asuntos de cuantía no superior a 80.000 pesetas, pero la reforma producida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, excluyó el recurso de apelación de las sentencias dictadas en el juicio verbal, si este procedimiento es aplicado por razón de la cuantía y ésta no excede de 3000 euros⁴⁷.

⁴⁷ Ortells Ramos, M., et alt., *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 395-396.

Esta norma de exclusión del recurso responde a una técnica que sólo atiende a una parte de los factores implicados en el criterio de eficiencia –el coste y la duración–, pero prescinde absolutamente de la posible –incluso de la probable– contribución del recurso a la mejora de la calidad de la sentencia que termina el proceso. Aunque existe una tendencia a justificar fácilmente esta norma invocando la mínima cuantía de los procesos afectados⁴⁸, en Derecho español ha tenido una consecuencia muy criticable: ha excluido del recurso de apelación las sentencias dictadas por los jueces de paz, únicos jueces no profesionales, ni necesariamente juristas, existentes en la organización judicial⁴⁹. A pesar de su denominación, estos jueces no están autorizados para decidir según equidad⁵⁰, sino que deben sentenciar aplicando las leyes y otras normas del sistema de fuentes del Derecho. La supresión del recurso de apelación, que antes podía ser interpuesto ante los Jueces de Primera Instancia –primer grado de la judicatura profesional–, elimina el único control que puede garantizar que sea respetada esa regla de juicio.

3º) Una reducción –un ahorro– discutiblemente justificado de la actividad procesal se ha producido por una reforma que ha afectado al régimen de la interrupción de las vistas o audiencias y de su subsiguiente reanudación. En la redacción inicial del art. 193.3 LEC/2000 se disponía que: “Cuando no pueda reanudarse la vista dentro de los veinte días siguientes a su interrupción se procederá a la celebración de nueva vista, haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible. Lo mismo se hará, aunque no haya transcurrido dicho plazo, siempre que deba ser sustituido el Juez ante el que comenzó a

⁴⁸ Así, el art. 3, a) de la Recomendación No. R (95) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Introducción y mejora del funcionamiento de los sistemas de recursos en asuntos civiles y comerciales indica que pueden excluirse de recurso ante un tribunal superior ciertas clases de asuntos, “por ejemplo, los asuntos de pequeña cuantía”.

⁴⁹ Los jueces de paz son competentes para juicios verbales, que deban seguirse por razón de la cuantía y si ésta no excede de 90 euros. Según los datos publicados en las sucesivas ediciones (2004 a 2016) de *Justicia Dato a Dato* (accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/> –última visita 22/07/2019–) el número de sentencias dictadas por estos jueces ha sido el siguiente en los años que se citan: 2005: 286; 2006: 154; 2007: no hay datos; 2008: 4245; 2009: 3821; 2010: 4993; 2011: 4690; 2012: 5.117; 2013: 5.227; 2014: no hay datos; 2015: 4862; 2016: 4263; 2017: 5.475; 2018: 7.025.

⁵⁰ Como ocurre, por ejemplo, en Derecho italiano, que, en coherencia con la potestad de sentenciar en equidad, limita, aunque no excluye, el alcance de la apelación contra las sentencias de estos jueces – Sassani, B., *Lineamenti del proceso civile italiano*, Giufré Editore, 2ª ed., Milano, 2010, p. 486.

celebrarse la vista interrumpida”. Esta norma tenía la finalidad de garantizar una concentración temporal razonable entre el momento de la práctica de la prueba presenciada por el juez y el momento en que, ese mismo juez, debía valorar esa prueba al elaborar la sentencia.

Esta norma ha sido modificada por una reforma de 2010. Subsiste, a pesar de la desaparición del inciso referido al cambio de juez, la exigencia esencial de la inmediación, porque de los arts. 137.1, 2 y 4, y 194 LEC sigue deduciéndose que sólo el juez que ha presenciado el juicio puede válidamente dictar sentencia. Pero ya no es necesario que se repita la actividad procesal, específicamente la de práctica de prueba, realizada antes de la interrupción de la vista o audiencia.

Probablemente la modificación del tratamiento de la validez de la parte de la vista o audiencia ya celebrada se justifica porque el medio que permite al juez y a los abogados de las partes recuperar el recuerdo de los actos de la audiencia ya realizados tiene gran calidad en Derecho español. En efecto, la forma prioritaria, tanto legalmente como de hecho, de documentar el desarrollo de las vistas o audiencias consiste en el registro de lo que acaece en las mismas mediante soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (arts. 146, 147 LEC/2000).

III. EFICIENCIA Y NUEVA ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS AUXILIARES DE LA JURISDICCIÓN

Una ley procesal civil con determinadas características es una importante condición para una justicia civil eficiente. Pero la ley procesal ha de ser llevada a la práctica. Eso, por la parte que corresponde al Estado como responsable constitucional de la prestación de tutela judicial, requiere el establecimiento de unos medios materiales y personales que hagan posible el ejercicio de las variadas potestades jurídico-públicas mediante el cual, según lo previsto por la ley procesal, se da respuesta a las peticiones de tutela judicial.

Ciertamente, en el centro de esos medios personales se halla la figura del juez, a quien la CE atribuye en exclusiva la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), pero el grado de eficiencia con el que los jueces podrán ejercer su potestad exclusiva se halla condicionado por la estructura de medios materiales y personales destinada a auxiliarles en la realización de su tarea.

Resulta obvio que uno de los medios para mejorar la eficiencia de la justicia civil es el de perfeccionar la organización y funcionamiento de los servicios auxiliares de la Jurisdicción. El proyecto y las actuaciones de implantación de la “nueva oficina judicial” revelan que se ha tomado conciencia –tardía en cuanto al carácter general de la modificación necesaria–⁵¹ de las transformaciones producidas tanto en la litigiosidad, como en la dotación de medios personales y materiales a la Administración de justicia. Cuando esos medios han alcanzado un notable nivel –en cuanto a los medios personales, un número de efectivos considerable y con buena cualificación técnica– imprescindible para atender una demanda de justicia cada vez más elevada, se ha asumido la necesidad de optimizar el uso de esos medios aplicando técnicas de organización del trabajo que hace tiempo eran utilizadas por las entidades privadas y públicas que deben tratar un elevado número de asuntos.

Es cierto que, en este caso, esas técnicas deben ser aplicadas teniendo en cuenta que se hallan al servicio del Poder judicial, uno de los Poderes del Estado, cuyos titulares –jueces y magistrados– tienen reconocida y garantizada la independencia personal y están investidos de la potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Pero, con las peculiaridades que correspondan, resulta inexcusable implantar una organización racional del trabajo de los tribunales. Incluso por imperativo constitucional. En efecto, la CE requiere que sea efectiva la tutela judicial que se reconoce a las personas como derecho fundamental (art. 24.1 CE), impone que sea impartida sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y hace responsable al Estado del funcionamiento anormal de la Administración de justicia (art. 121 CE).

1. La especificación de las funciones de los jueces y de –o respecto a– las funciones del personal auxiliar de alta cualificación

El establecimiento de una nueva oficina judicial y la determinación de las funciones del secretario judicial –Letrado de la Administración de Justicia, de acuerdo con la denominación asignada a ese cuerpo funcional por la Ley

⁵¹ Con anterioridad ha habido actuaciones parciales, a veces de ámbito limitado, como los intentos de racionalización del trabajo a través del funcionamiento, más o menos formalizado, de servicios comunes, la “externalización” y la uniformidad en el funcionamiento del servicio de depósitos y consignaciones judiciales.

Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que utilizaremos, en adelante, con las siglas LAJ– son temas estrechamente relacionados, pero solo el segundo de ellos llega a plantear problemas de constitucionalidad.

La cuestión básica consiste en determinar qué está incluido en la potestad jurisdiccional, porque la CE reserva esa potestad en exclusiva a los jueces (art. 117.3 CE) y, por tanto, el legislador no puede válidamente atribuirla a personal auxiliar de los tribunales, ni siquiera al de más alta cualificación, como son los LAJ⁵².

La parte más problemática de esa cuestión⁵³ es la referida a la atribución de potestades sobre la tramitación y dirección del proceso.

Las potestades de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado no pueden ser ejercitadas de modo instantáneo, en inmediata respuesta a las peticiones de tutela judicial. El ejercicio acertado y justo de esas potestades requiere, no sólo por la naturaleza de las cosas, sino también por imperativo constitucional, que se realice un proceso como actividad jurídica dirigida por el órgano jurisdiccional, integrada por actos de aportación y de recepción de materiales procesales (peticiones, alegaciones, pruebas) y por actos de dirección e impulso del procedimiento (decisiones de admisión e inadmisión de actos de parte, decisiones de que se proceda de determinada manera ante ciertos hechos o actos, comunicaciones de diversas clases) hasta su término.

El art. 117. 3 CE no permite que la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueda ser ejercitada de cualquier modo, sino que somete su ejercicio a las normas de procedimiento que las leyes establezcan. Incluso la regulación legal del procedimiento judicial no es indiferente al legislador constitucional, que establece normas tanto respecto de la forma del mismo (art. 120 CE), como respecto de los derechos de las partes (art. 24.1 y 2 CE) y de los

⁵² Sobre esta cuestión en el proceso que condujo a la regulación de la nueva oficina judicial, Ortells Ramos, M., “Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa”, en *Ius et Praxis*, 2012, núm. 1, pp. 398-403.

⁵³ En otros aspectos los problemas son menores y o bien las potestades se atribuyen solamente a los jueces, como ocurre con la resolución sobre el fondo de la tutela judicial pedida, o bien se distribuyen entre juez y LAJ con ajuste a la regla constitucional, como es el caso de las potestades para el proceso de ejecución: Ortells, “Las funciones procesales del secretario”, cit., pp. 404-410.

poderes del juez (art. 118 CE). En consecuencia, no es correcto sostener que, por proyectarse sobre una relación de la que el propio órgano jurisdiccional es sujeto, las potestades del juez referidas a la relación jurídica procesal no son jurisdiccionales, o son, de algún modo, “menos” jurisdiccionales, y pueden ser, por tanto, atribuidas a quien no tiene la calidad de juez. Más correctamente, el ordenamiento constitucional impide que esas potestades le sean sustraídas al órgano jurisdiccional. Probablemente porque lo que se acaba de afirmar es muy obvio, el TC no ha tenido muchas oportunidades de expresarlo en su doctrina. No obstante, lo ha formulado con claridad en las STC 187/1988, de 17 de octubre y STC 18/1991, de 31 de enero, según las cuales las actividades de “instrucción de procedimientos jurisdiccionales aparecen estrechamente vinculadas al enjuiciamiento estricto por responsabilidades contables” y están “directamente orientadas al enjuiciamiento y en su caso, exigencia de responsabilidad y, por tanto, incluidas en el procedimiento enjuiciador y reservadas al Tribunal de Cuentas”⁵⁴.

Dicho lo anterior, se debe sostener también que el legislador ordinario dispone de un ámbito de libre configuración normativa para regular específicamente las potestades de dirección del proceso en sentido amplio. Ese ámbito abarca desde modelos con una intervención muy directa y continuada del juez, hasta modelos en los que es muy importante el apoyo y colaboración que el personal auxiliar no jurisdiccional presta a la actividad de dirección del juez. De nuevo las dos STC mencionadas tienen interés para justificar lo que se acaba de decir, porque el TC no hizo ningún reproche de inconstitucionalidad al precepto de la ley reguladora del proceso ante el Tribunal de Cuentas que habilita a este tribunal para delegar⁵⁵ en órganos no jurisdiccionales, ni dependientes del Tribunal de Cuentas⁵⁶, la actividad instructora del procedimiento de enjuiciamiento contable.

⁵⁴ En el caso se trataba de la inconstitucionalidad de leyes de Comunidades Autónomas que atribuían a sus órganos de control externo de la ejecución presupuestaria competencia para practicar actos de instrucción en los procedimientos de enjuiciamiento de responsabilidades contables mediante los que ejerce su potestad jurisdiccional el Tribunal de Cuentas –órgano estatal y único que tiene potestad jurisdiccional en esa materia–.

⁵⁵ Por cierto, algo muy distinto a lo que disponían las leyes impugnadas, que atribuían a los órganos autonómicos de control externo del gasto público, con el carácter de potestad propia y no dependiente de la delegación del Tribunal de Cuentas, la función de instruir el procedimiento (recibir alegaciones y pruebas).

⁵⁶ En el caso se trataba de los órganos propios de las Comunidades Autónomas de control externo del gasto público.

La apreciación de la constitucionalidad de la regulación establecida por el legislador sobre esta materia no dependerá solamente de lo que dispone el art. 117.3 CE –la indisoluble vinculación entre ejercicio de potestad jurisdiccional y proceso–, sino de las normas constitucionales que se proyectan sobre diversos componentes básicos del proceso. Específicamente: el derecho a que sea un juez quien se pronuncie sobre la inadmisión de una petición de tutela judicial y sobre la concurrencia de circunstancias que impidan el pronunciamiento sobre el fondo de la misma, en cuanto esa decisión afecta al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva; la prohibición de indefensión, cuyo cumplimiento impone que las partes puedan hacer llegar al juez los elementos relevantes para la resolución que debe dictar y que sea un juez quien resuelva sobre la admisión de las aportaciones; el derecho a la prueba, sobre cuyo alcance concreto, en cuanto a proposición y práctica, debe decidir un juez; el derecho a la igualdad en el proceso; el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y –aunque estimo difícil una valoración de inconstitucionalidad sólo por esta razón–⁵⁷ la norma constitucional de que el procedimiento debe ser “predominantemente oral”.

Sintetizando una ordenación compleja⁵⁸ y dejando a un lado notables defectos de técnica legislativa⁵⁹, el legislador ha resuelto la cuestión, por un lado, atribuyendo, como regla general, al LAJ las potestades de tramitación y dirección del proceso y reservando para los jueces determinadas potestades de esa naturaleza, y, por otro lado, sometiendo el ejercicio de las potestades que corresponden al secretario a un control por parte del juez, de oficio –si el juez considera que ha habido exceso de poder– o mediante una impugnación que pueden interponer las partes⁶⁰.

El problema de constitucionalidad brevemente considerado revela el principal punto de tensión, si se actúa sobre esta atribución de potestades, entre los términos de la eficiencia. Por un lado, la ampliación de las funciones de los secretarios judiciales en materia de tramitación y dirección del proceso favorece

⁵⁷ La razón es que, más que la forma oral o escrita con arreglo a la cual la actividad se haya realizado, lo decisivo será si el régimen legal de los actos genera o no indefensión.

⁵⁸ Puede encontrarse una exposición más ilustrativa de los detalles en Ortells Ramos, M., et al., *Introducción al Derecho Procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 413-436.

⁵⁹ Ortells, “Las funciones procesales del secretario”, cit., pp. 420-424.

⁶⁰ Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 389-391.

la reducción de costes y de duración, porque una parte de la actividad procesal, que antes requería, de entrada y en todo caso, el ejercicio de potestades del juez, ahora se realizará, de entrada, por los letrados de la administración de justicia, incorporando la capacidad de trabajo de los efectivos de ese cuerpo de funcionarios⁶¹. Pero, por otro lado, determinadas atribuciones de potestades a los LAJ pueden ser contrarias al otro término de la eficiencia, específicamente, el respeto a la garantía fundamental de la jurisdiccionalidad y, con ella, de otras garantías.

Advertir de ese riesgo no es fruto de la elucubración doctrinal. Casos planteados ante el TC y ante el TJUE lo demuestran.

La STJUE, Sala 5ª, 16 febrero 2017, C-503/2015, ha declarado que el LAJ no tiene potestad para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE por no tener la calidad de órgano jurisdiccional, de lo que, indirectamente, también se deduce que una resolución del LAJ no cumpliría la exigencia del Derecho de la Unión sobre el control jurisdiccional incluso de oficio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

La STC, Pleno, 34/2019, de 14 de marzo, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 34.2, párrafo tercero LEC, y del art. 35.2, párrafo segundo LEC, en el inciso que remite al primer precepto citado. Estos preceptos permitían una declaración por el LAJ sobre determinados derechos de crédito de procuradores y abogados, como resultado de “un procedimiento en el que se dirimen derechos y obligaciones entre las partes que queda totalmente al margen de la actividad propiamente jurisdiccional”. El TC estima inconstitucional que esas normas excluyan la impugnación inmediata ante el juez –no la atribución al LAJ de una primera potestad de resolución– y determina que el llamado “recurso de revisión” del art. 454bis LEC debe ser admisible contra las resoluciones del LAJ en estos supuestos.

Realmente, el pronunciamiento del TC más precisamente referido al régimen de las potestades de tramitación atribuidas a los secretarios judiciales es la STC

⁶¹ Según CGPJ, *La Justicia Dato a Dato, Año 2018*, publicación accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>, p. 18, la plantilla de letrados de la administración de justicia contaba, a 1 de enero de 2018, con 4.209 plazas y 3.802 efectivos.

58/2016, de 17 de marzo de 2016, que resuelve una cuestión interna de constitucionalidad planteada con ocasión de hallarse la Sala Segunda juzgando un amparo constitucional por violación de los derechos fundamentales a la tutela judicial y a un proceso sin dilaciones indebidas. Estas violaciones se habrían producido porque una resolución del LAJ había señalado una fecha muy lejana para celebrar la audiencia anterior a la sentencia y porque no podía interpretarse que la ley permitiera una impugnación inmediata de tal resolución ante el juez.

La STC 58/2016:

1º) Reconoce, en el Fj 4º, que “no puede merecer en principio reproche de inconstitucionalidad la opción tomada por el legislador, en el marco del modelo de oficina judicial que diseñó la Ley Orgánica 19/2003 y desarrolló la Ley 13/2009 y que reafirma la reciente Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. De acuerdo con esta opción legislativa (...) la toma de decisiones en el proceso se distribuye entre Jueces y Magistrados, por un lado, y Letrados de la Administración de Justicia, por otro”.

2º) No obstante, más adelante en el mismo Fj 4º advierte que “el sistema establecido por la Ley 13/2009, en desarrollo de las previsiones de la Ley Orgánica 19/2003, no elude poner de relieve el lugar preeminente que ocupa el Juez o Tribunal, como titular de la potestad jurisdiccional, con respecto al que corresponde al Letrado de la Administración de Justicia, como director de la oficina judicial, que sirve de apoyo a la actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales (art. 435.1 LOPJ). Son los Jueces y Magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE); en última instancia, se pretende garantizar que toda resolución del Letrado de la Administración de Justicia en el proceso pueda ser sometida al control del Juez o Tribunal, lo que resulta una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE)”.

3º) Concretamente en el caso el lugar preeminente del juez quedaba en entredicho, porque la posibilidad de impugnar la resolución del secretario al recurrir la sentencia final no siempre existe, bien por haber casos en que tal sentencia no es recurrible, bien porque ese recurso demorado no permite que el juez tutele el derecho fundamental lesionado, como ocurre con el derecho a un

proceso sin dilaciones indebidas que puede resultar definitivamente violado por el señalamiento de la audiencia para fecha muy alejada.

Aunque la solución por la que ha optado el legislador español puede ser perfeccionada –como ha hecho la sentencia del TC que se acaba de citar– y presenta algunas ineficiencias que podrían corregirse⁶², sin duda contribuirá a la tramitación más ágil del proceso civil.

2. Sobre las características generales de la nueva oficina judicial y su implantación

El examen atento de la actividad procesal que se lleva a cabo necesariamente con el apoyo del personal auxiliar de los tribunales revela que hay partes de la misma que permiten, más bien requieren, una racionalización y que reaccionan ante la misma con muy buenos resultados.

Específicamente:

1º) Hay actos del tribunal que deben realizarse fuera de su edificio-sede, con desplazamiento del personal auxiliar (actos de comunicación domiciliaria, embargos domiciliarios, desalojos, etc.). La eficiencia puede mejorar si se programa la realización de varios de esos actos por zonas. Esta técnica no impide atender necesidades de actuación urgente, que pueden ser programadas específicamente o exceptuadas de programación.

2º) Muchos actos escritos de tramitación del proceso en el ámbito del tribunal tienen contenidos en gran medida iguales, cualquiera sea el objeto y las etapas del proceso en el que se realizan. El perfeccionamiento de esos contenidos y la generalización de su uso, facilitan, por un lado, la realización de un parte de la actividad procesal, y, por otra parte, contribuye a extender las mejoras en su calidad.

⁶² Ortells, “Las funciones procesales del secretario”, cit., pp. 418-420, apunta como medios para corregir las ineficiencias una mayor participación de los jueces en la elaboración de los protocolos de actuación de la oficina judicial, lo que reduciría los casos de divergencia cuando tenga que realizarse el control judicial *ex post*, y una aproximación temporal de este control al momento de la resolución del LAJ.

3º) Las leyes procesales, específicamente aquellas de sus disposiciones que regulan procedimiento, son precisamente leyes que pautan el desarrollo de actividad. No obstante, el nivel de detalle de esa pauta no es suficiente para ordenar la actividad de las diversas clases de empleados públicos que dan soporte al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Las técnicas de las relaciones de puestos de trabajo –con especificación de sus funciones– y de las instrucciones generales, permiten completar una necesaria ordenación detallada de la actividad en el ámbito interno del tribunal.

Por lo demás, lo que se acaba de apuntar en los anteriores puntos 2º y 3º es imprescindible para que puedan ser utilizadas tecnologías de la información y la comunicación, sin las que, en la actualidad, no puede concebirse el funcionamiento de grandes organizaciones que deben tratar un número muy elevado de asuntos.

En fin, la celebración de las audiencias requiere el uso de espacios físicos idóneos, dotados de medios técnicos que posibiliten la realización de aquellas actuaciones procesales con todos los requisitos que establece la ley. El criterio de eficiencia requiere programar la utilización de esos espacios para optimizar su uso. Lo mismo puede razonarse respecto la utilización de otros equipamientos.

La solución adoptada en Derecho español por un objetivo de mejorar la eficiencia –calidad/coste y duración– ha consistido en reorganizar al personal auxiliar de los tribunales y en atribuir a los LAJ la dirección de las diversas unidades de esa nueva organización.

La solución es acertada en términos generales, tanto por la cualificación técnico-jurídica de los LAJ, como porque su estatuto como empleados públicos es más idóneo que el de los jueces para desempeñar la dirección de las diversas unidades que integran la oficina judicial.

La racionalización del trabajo para realizar las actividades procesales a las que me he referido poco antes genera sus mejores resultados en estructuras organizativas de determinado tamaño, que permiten aplicar economías de escala, y con el establecimiento de líneas jerárquicas de dirección destinadas a conseguir una uniformidad de funcionamiento. El estatuto del LAJ posibilita su

inserción en estructuras organizativas en las que rige el principio jerárquico⁶³, a diferencia de la independencia que caracteriza constitucionalmente al estatuto personal de los jueces (art. 117.1 CE).

Aunque en la estructura de la nueva oficina judicial existen “unidades procesales de apoyo directo”, vinculadas a cada órgano jurisdiccional y que apoyan la actividad de su titular unipersonal o colegiado, lo más peculiar de su estructura son los “servicios comunes procesales”. Estas unidades tienen una doble característica. Primera, prestan servicio en actividades procesales específicas⁶⁴ y con arreglo a protocolos de actuación que persiguen garantizar un funcionamiento eficiente y una correcta coordinación con las demás unidades de la oficina judicial. Segunda, pueden ser constituidos para que presten sus servicios, dentro del ámbito territorial que tengan asignado, a varios órganos jurisdiccionales cualquiera sea el orden jurisdiccional al que pertenezcan (art. 438. 2 y 436.4 y 5 LOPJ), lo que permite el mejor aprovechamiento de la capacidad de trabajo de los efectivos personales integrados en las correspondientes unidades⁶⁵.

Por lo demás, después de su diseño legal, la organización e implantación de la nueva oficina judicial es una operación compleja porque requiere el ejercicio de potestades de diversos poderes públicos competentes –CGPJ,

⁶³ Así está previsto por los arts. 452.1, 463.1, 465.8 LOPJ, que, por otra parte, dejan a salvo la independencia del LAJ en el ejercicio de la fe pública.

⁶⁴ En el ámbito de competencia del Ministerio de Justicia se han previsto: a) un servicio común general, con sección de registro y reparto de actos escritos y de recogida de información estadística, sección de actos de comunicación y auxilio judicial y sección de otros servicios, que desempeña tareas de depósito, archivo, averiguaciones y relación con el servicio de caja prestado por la entidad bancaria concesionaria del mismo a nivel estatal; b) un servicio común de ordenación del procedimiento que, bajo la dirección de un LAJ, asumirá la tramitación de los procedimientos en todos aquellos aspectos en que no resulte imprescindible la intervención de un juez; las posibles secciones se diferenciarán por las clases de procedimientos en el sentido más amplio (civil, penal, etc.) o por clases de órganos jurisdiccionales, y se ocuparán de la agenda programada de señalamientos; c) un servicio común de ejecución, que asume la realización de la actividad procesal ejecutiva en todos aquellos aspectos en que no resulte imprescindible la intervención del juez.

⁶⁵ Para una más amplia información sobre la estructura y funcionamiento de la oficina judicial remito a *La nueva oficina judicial y el nuevo modelo procesal. Boletín de información*. Ministerio de Justicia, febrero, 2010 y a la información, más amplia y en permanente actualización, que puede encontrarse en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Modernizacion-de-la-Justicia/Oficina-Judicial> (última visita 23/07/2019).

Gobierno central y Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia⁶⁶.

3. La generalización del uso de TIC para la realización de las actividades procesales

La utilización de TIC en la actividad procesal puede tener grados diversos de intensidad⁶⁷. Incluso cuando esa utilización no alcanza a alterar las formas tradicionales –escrita, oral– de realizar esa actividad, aporta, por regla general, una mayor calidad a la misma: aplicaciones informáticas de tratamiento de texto y de bases de datos contribuyen a realizar actos escritos con mayor facilidad y con mejor contenido⁶⁸, técnicas de telecomunicación audiovisual permiten conservar cierta inmediación en casos en que el auxilio judicial sería necesario⁶⁹ y, sin duda, existe una diferencia sustancial de calidad entre una tradicional acta escrita de una audiencia y la grabación de la misma por medios audiovisuales.

Sin llegar a la tramitación electrónica del procedimiento o de etapas del mismo, y menos aún a la formación electrónica de la resolución sobre el asunto objeto del mismo, el empleo de TIC en la realización de los actos procesales escritos conduce a una mayor calidad y eficiencia de la justicia civil debido a su positiva repercusión en todo lo que la actividad procesal tiene de comunicación, que es mucho.

En primer lugar, está la comunicación hacia y desde el tribunal: la presentación al tribunal de actos escritos de parte o de otras personas o entidades, los actos de comunicación, de diversa naturaleza, desde el tribunal hacia las partes y otras personas o entidades que ha de prestar su colaboración en el proceso⁷⁰. El

⁶⁶ Información sobre el proceso gradual de implantación en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Modernizacion-de-la-Justicia/Oficina-Judicial/Mapa-de-implantacion-de-la-NOJ> (última visita 23/07/2019).

⁶⁷ Me ocupé ampliamente del tema en Ortells Ramos, M., “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional. Especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales”, en *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal. En homenaje a la Escuela procesalista uruguaya*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 607-675.

⁶⁸ Sobre los riesgos de abuso, Ortells, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional”, cit., p. 617.

⁶⁹ Ortells, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional”, cit., pp. 623-624.

⁷⁰ Ortells, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional”, cit., pp. 618-630.

uso de TIC en estas comunicaciones contribuye, por un lado, a la menor duración del procedimiento, pero no menguando el tiempo razonable que el tribunal, sus auxiliares y las partes necesitan para preparar su actividad procesal, sino eliminando los “tiempos muertos” generados por la transmisión de los actos, y, por otro lado, permite satisfacer la urgencia real o implícita en la realización de algunos actos procesales, principalmente los destinados a la solicitud y al otorgamiento de las tutelas cautelar y ejecutiva.

En segundo lugar, mejora la comunicación en un ámbito frecuentemente olvidado. Dentro del tribunal y de las estructuras que apoyan el ejercicio de potestad jurisdiccional los actos procesales “circulan” entre quienes deben ejercer respecto de los mismos las funciones y potestades que les atribuye la ley, o normas emanadas con arreglo a la misma, para la preparación de los actos, para su perfeccionamiento o para realizar los efectos de los mismos. La nueva ordenación de las estructuras de apoyo a la jurisdicción persigue establecer unos protocolos precisos y uniformes para la actuación de los diferentes componentes de las mismas, porque esa es la condición para posibilitar que la “circulación” interna de los actos del procedimiento pueda desarrollarse mediante el uso de TIC. Esto permite agilizar la tramitación interna, facilita el control del funcionamiento de las unidades que intervienen en ella, así como la detección y corrección de errores en ese funcionamiento.

La autorización del uso de TIC en la actividad procesal existía en Derecho español desde una reforma de la LOPJ por la LO 16/1994. Diversas reformas legales posteriores se han ocupado de esta materia, principalmente regulando las garantías técnicas que deben rodearla. No obstante, el esfuerzo mayor que requiere la implantación generalizada de las TIC en el funcionamiento de la justicia no es normativo, sino que consiste en posibilitar y promover una práctica efectiva de las previsiones normativas⁷¹. Eso requiere disponibilidad de los medios técnicos adecuados, formación técnica de los usuarios y una actitud de estos favorable a un cambio cultural en la forma de trabajo.

⁷¹ A esta etapa hay referencias en Ortells, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional”, cit., pp. 620-632. Para los avances posteriores y la situación actual, normativa y de medios, véase la información disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e-Justicia/Informacion-general>. Con datos sobre el uso de las TIC, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e-Justicia/Servicios-informaticos/Punto-Neutro-Judicial/Indicadores> y documentos en el apartado “Comunicaciones telemáticas en procedimientos judiciales” en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/> (última visita 23/07/2019).

La reforma de LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha establecido, con excepciones y matizaciones, el deber de utilización de TIC para la realización de la actividad procesal. Su régimen, en sus aspectos principales, es el siguiente:

1º) Subjetivamente, el deber de utilización de los medios telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia lo tienen los abogados y procuradores, todos los profesionales que estén sujetos al régimen de colegiación obligatoria, los funcionarios de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus cargos, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica y las personas físicas que las representen. Las personas naturales no tienen el deber, pero si el derecho a utilizar esos medios.

2º) Objetivamente, el deber alcanza, como regla general, a la recepción de cualesquiera actos de comunicación con las partes procesales y con terceros que deban realizar actos en el proceso, de solicitudes de auxilio judicial o de auxilio a la justicia, y a la presentación de actos procesales escritos de parte o de actos escritos de otra naturaleza que deban ser dirigidos a un órgano jurisdiccional. Entre las excepciones o matizaciones del ámbito objetivo del deber hay que destacar los actos de iniciación de un proceso, con los documentos que deban acompañarlos.

Ciertamente, la implantación de este régimen legal no está exenta de dificultades prácticas⁷², pero hay una tendencia clara a la superación de las mismas⁷³ y a su progresiva plena efectividad⁷⁴.

⁷² La Ley 42/2015, de 5 de octubre aplazó la obligatoriedad al 1 de enero de 2016 y a los procedimientos que se inicien a partir de esta fecha. De las dificultades planteadas dan idea algunas noticias: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1150959&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=9/3/2016 (última visita 23/07/2019); http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1155506&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=12/7/2016 (última visita 23/07/2019); <https://confilegal.com/20180410-la-aepd-declara-que-el-ministerio-de-justicia-cometio-una-infraccion-grave-por-el-fallo-de-seguridad-de-lexnet/> (última visita 24/07/2019); <https://www.elmundo.es/espana/2017/08/06/5985f8beca47414b0d8b45dd.html> (última visita 24/07/2019).

⁷³ El Ministerio de Justicia se ha referido en diversos momentos a los avances que se estaban registrando: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1153132&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=10/5/2016 (última visita 23/07/2019).

⁷⁴ Sobre la reacción del Ministerio de Justicia ante las peticiones de moratoria de la implantación http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1151037&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=9/3/2016 (última visita 23/07/2019).

La aportación del uso de las TIC a la eficiencia de la justicia, principalmente en cuanto al término de duración y coste de la actividad procesal, quedó apuntada al principio de este apartado. No obstante, la referencia que acabo de hacer a la realidad de su implantación modera, de hecho, la importancia actual de esa aportación.

Su incidencia sobre el otro término a considerar en la evaluación de la eficiencia –respeto a las garantías fundamentales y calidad de los resultados del proceso– ha planteado cuestiones esenciales⁷⁵, alguna de las cuales ya ha sido llevada al TC y cuenta con respuesta del mismo. En la práctica se suscitaron dudas sobre si la notificación del acto destinado a provocar la primera personación en el proceso debía realizarse en forma electrónica, en el caso de que su destinatario estuviera legalmente obligado al uso de la misma en sus relaciones con los tribunales. Estaba en juego la garantía fundamental de la contradicción y de la prohibición de indefensión⁷⁶. La STC 47/2019, de 8 de abril, ha concluido que considerar eficaz esa forma, prescindiendo de tomar en cuenta las disposiciones legales que imponen, respecto de esa específica notificación, el envío postal o la notificación mediante entrega de copias de actos escritos y documentos, es lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

4. La “externalización” de determinadas funciones tradicionalmente atribuidas a los servicios auxiliares de la jurisdicción

Funciones tradicionalmente atribuidas a las estructuras de auxilio a la jurisdicción pueden ser encomendadas a entidades no integradas en aquellas.

Esta técnica es diferente a la desjudicialización, porque solo afecta a las funciones auxiliares, y ha sido utilizada en Derecho español de un modo limitado, si

⁷⁵ Sobre el riesgo de un alejamiento del juez respecto del desarrollo del procedimiento, debido a las características técnicas de los sistemas utilizados, que podría afectar a la garantía esencial de la jurisdiccionalidad, véase De Lamo Rubio, J., “La posición del Juez en la Justicia digital y la independencia judicial”, en *La Ley*, núm. 9243, 20 julio 2018.

⁷⁶ Un planteamiento del problema en De Lamo Rubio, J. “La «sede judicial electrónica» y los derechos del trabajador en caso de empresas desaparecidas”, en *La Ley*, núm. 9037, 2017; García Rivas, F.J., “La notificación a las personas jurídicas a través de la Sede Judicial Electrónica”, *La Ley*, núm. 9261, 2018; De Lamo Rubio, J., “Nulidad de actuaciones judiciales y expediente judicial electrónico: la primera citación de empresas demandadas aún no personadas”, *La Ley*, núm. 9437, 2019.

bien la reforma de LEC/2000 por la Ley 42/2015 ha introducido algunas normas para potenciar su aplicación. En síntesis:

1º) Los procuradores de los tribunales pueden ser encargados, a petición de la parte a la que representan, de la práctica de actos de comunicación en el domicilio de los destinatarios. La novedad que introduce la Ley 42/2015 ha consistido en reconocerles capacidad de certificación cuando realicen esos actos y en sujetar esta actividad al control del LAJ.

2º) En el proceso de ejecución, la realización forzosa de determinados bienes embargados puede llevarse a cabo, en vez de mediante subasta pública gestionada por la oficina judicial, a través de persona o entidad especializadas en transacciones sobre los bienes afectados⁷⁷. La reforma de 2015 persigue facilitar que los colegios profesionales de Procuradores de los Tribunales, que ya podían asumir el depósito judicial de la mayor parte de bienes muebles, sean designados como entidades encargadas de su realización forzosa, si tienen organizado el servicio correspondiente que deberá, además, ajustarse a una regulación reglamentaria.

En principio, esta técnica incide positivamente en uno de los factores de la eficiencia. Libera capacidad de trabajo de los servicios auxiliares de la jurisdicción⁷⁸ y, en consecuencia, reduce los costes públicos de la justicia civil. También puede tener una repercusión positiva en la calidad del resultado de la correspondiente actividad: mejor control del tiempo, y tal vez mayor rapidez, en la práctica de actos de comunicación, optimización de los resultados de la realización forzosa, tanto en favor de ejecutante como de ejecutado⁷⁹.

Algunas repercusiones negativas sobre la calidad de esas actividades pueden ser contrarrestadas mediante el control sobre las mismas que deben ejercer los responsables de la oficina judicial. Hay otros aspectos negativos más difícilmente corregibles, como el aumento de los costes privados de la justicia civil. El

⁷⁷ Un detallado estudio sobre esta materia en Cerrato Guri, E., *La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada*, Estudio del artículo 641 LEC, Bosch Editor, Barcelona, 2008, *passim*.

⁷⁸ Cerrato, *La ejecución civil privada*, cit., p. 78.

⁷⁹ Cerrato, *La ejecución civil privada*, cit., pp. 71-78.

régimen de la práctica de actos comunicación mediante el procurador favorece, en alguna medida, situaciones de desigualdad en el proceso⁸⁰. En cuanto a la realización forzosa por entidad especializada, los costes privados que origina –su determinación, atribución y cuantía– operan como factor muy relevante de la efectiva aplicación del régimen legal⁸¹.

IV. EFICIENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL Y ADECUACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL A LA DEMANDA DE TUTELA JUDICIAL

La organización judicial, su diseño legal, las normas que lo desarrollan y el régimen de su ejecución y de su gestión, es relevante para la eficiencia de la justicia civil, en sus dos términos –garantías fundamentales y calidad de los resultados; evitación de dilaciones indebidas y coste razonable–. En cuanto al primero de los términos, conduce a plantearse las cuestiones de si los órganos jurisdiccionales deben ser unipersonales o colegiados, de la profesionalidad de los jueces que los integran y de su especialización o carácter generalista. El término de tiempo y coste impone considerar la cuestión del número de órganos jurisdiccionales necesarios, en cada lugar y momento, para atender la demanda de tutela, teniendo en cuenta que ésta puede ser variable en el tiempo y según partes del territorio estatal.

La actual organización judicial española, establecida en 1985-1988⁸², ha tenido, desde entonces, reformas destacables que afectan a los términos de la eficiencia que acabo de mencionar. En 2011 y 2014 pudo haber sido profundamente reformada, precisamente invocando la necesidad de una mayor eficiencia, aunque las reformas no llegaron a aprobarse.

⁸⁰ No tienen derecho optar por este modo de práctica de los actos de comunicación aquellos a quienes se haya reconocido derecho a justicia gratuita. Quienes litiguen sin ese derecho y opten por ese modo de práctica no pueden incluir los costes en una eventual condena en costas de la contraparte (art. 243.2 LEC/2000).

⁸¹ Cerrato, *La ejecución civil privada*, cit., pp. 236-237, pero también, en pp. 229-242, el estudio del conjunto de factores que influyen en la rentabilidad de este modo de realización forzosa y, por tanto, en su uso efectivo.

⁸² La referencia a dos fechas se debe a las dos leyes básicas para la determinación y el establecimiento de la organización: la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.

Entre las cuestiones relevantes para la calidad de la respuesta judicial⁸³, la especialización de los órganos jurisdiccionales ha sido la que ha recibido mayor atención legislativa.

Los órganos del orden jurisdiccional civil tenían, en el diseño inicial de la organización, una competencia general, no especializada, en materias de Derecho privado, en el doble sentido del carácter generalista de su formación jurídica y de los asuntos para los que eran competentes, que podían ser también asuntos penales⁸⁴ y que en ningún caso se limitaban a materias específicas de Derecho privado.

Solo dos matices había en ese diseño inicial en favor de la especialización competencial, aunque en grados diversos. Por un lado, se establecía la posibilidad de, cuando lo justificara el número de asuntos en la demarcación, separar entre los órganos jurisdiccionales existentes en la misma las competencias del orden civil y del orden penal⁸⁵. Por otro lado, una disposición –el art. 98 LOPJ– habilitaba al CGPJ para atribuir a alguno de los varios órganos con competencia solo en materia civil en un determinado partido judicial –la demarcación judicial más reducida– competencias más restringidas dentro de esa materia. Esto último, al aprobarse la LOPJ, ya se había realizado con los Juzgados de Familia.

⁸³ En cuanto a otras cuestiones, me limitaré a apuntar que, en la organización jurisdiccional española y para el orden jurisdiccional civil, la regla muy general es la atribución de la primera instancia a órganos unipersonales, siendo en cambio colegiados los que, también por regla muy general, conocen de los recursos. Es también regla general que los jueces sean técnicos y de carrera, salvo los jueces de paz, que no precisan ser técnicos en Derecho y tienen atribuidas competencias muy limitadas, y los que pueden ejercer funciones judiciales en casos de necesidad de cobertura ocasional de puestos de juez, que deben ser licenciados en Derecho, seleccionados mediante concurso por los órganos de gobierno del Poder Judicial, y que de hecho actúan en muy pocos casos –los datos detallados para 2018 pueden verse en La Justicia Dato a Dato, Año 2018, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Justicia-Dato-a-Dato/> (última visita 26/07/2019), p. 87)–.

⁸⁴ En 2018, había 1.066 Juzgados sin separación de las competencias civiles y penales (CGPJ, *La Justicia Dato a Dato, Año 2018*, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Justicia-Dato-a-Dato/>, p. 8), 23 secciones mixtas (civil y penal) en Audiencias Provinciales y 17 en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (CGPJ, *La Justicia Dato a Dato, Año 2018*, cit., p. 9).

⁸⁵ En 2018, había 940 Juzgados con competencia solo en materia civil y en materias más especializadas dentro de esta (CGPJ, *La Justicia Dato a Dato, Año 2018*, cit., p. 8) y 103 secciones solo civiles en Audiencias Provinciales (CGPJ, *La Justicia Dato a Dato, Año 2018*, cit., p. 9).

Es un tema discutido⁸⁶ el de si, y en qué medida, una mayor especialización de los órganos jurisdiccionales en áreas específicas de la litigiosidad civil contribuye a la mayor calidad de la justicia civil⁸⁷ y a un más ágil y menos costoso otorgamiento de la misma⁸⁸.

El hecho es que se ha abierto paso una tendencia hacia la especialización, mediante una doble técnica:

1º) Diversas reformas legales han ido creando los Juzgados de lo Mercantil –e incluso la limitación a algunos de estos de la competencia objetiva para conocer de litigios en materia de Derecho de patentes–, los Juzgados competentes para litigios sobre Derecho de marcas de la Unión Europea y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁸⁹.

2º) El CGPJ ha ido ejercitando la potestad que le confería el art. 98 LOPJ, de modo que en algunos partidos judiciales –la demarcación judicial más reducida–

⁸⁶ Remito para un análisis detallado de los argumentos al trabajo de Doménech Pascual, G., Mora-Sanguinetti, Juan S., “El mito de la especialización judicial”, en *Indret*, Barcelona, 2015, accesible en <http://www.indret.com/es/> (última visita 18/06/2017). Alonso-Cuevillas, *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español*, cit., pp. 162-163, considera, en cambio, que una mayor especialización mejoraría la eficiencia del sistema judicial español y la calidad de la respuesta judicial.

⁸⁷ Entre las consecuencias favorables a la mayor calidad se mencionan la aplicación más coherente de las normas, que aumenta la previsibilidad de la solución de los casos –así *Doing Business 2019 Report*, accesible en <http://www.doingbusiness.org> (última visita 26/07/2019), p. 53; Palumbo, “The Economics of Civil Justice”, cit., p. 29– y el más detallado conocimiento por los jueces de las normas y de las cuestiones en determinadas clases de litigios –Palumbo, “The Economics of Civil Justice”, cit., p. 29–. Un análisis más detallado de las ventajas e inconvenientes, incluyendo aspectos de calidad de la respuesta judicial y de duración y coste, en Doménech, Mora-Sanguinetti, “El mito de la especialización judicial”, cit., pp. 10-24.

⁸⁸ La especialización reduce la duración de los procesos, tanto en los tribunales de competencia general, como en los especializados –así *Doing Business 2019 Report*, accesible en <http://www.doingbusiness.org> (última visita 26/07/2019), p. 54–. Más prudentemente OECD (2013), “What makes civil justice effective?”, *OECD Economics Department Policy Notes*, No. 18 June 2013, p. 8, accesible en <http://www.oecd.org/economy/judicialperformance.htm>, indica que la especialización en materia comercial parece tener relación con la menor duración del proceso.

⁸⁹ Más amplia información en Ortells, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 175-176, 178-179.

hay Juzgados de Primera Instancia especializados en determinadas clases de asuntos, aparte de los especializados en materia de familia⁹⁰.

Es posible que la mayor especialización contribuya a una mayor calidad, por el mejor conocimiento de las normas rectoras y de las características de determinadas clases de litigios. También es posible que eso influya en una reducción de la duración de los procesos y de su coste. No obstante, sobre estos dos últimos factores siempre incidirá el número de órganos especializados y el procedimiento de creación de los mismos, que puede introducir diferentes grados de rigidez en la respuesta a las variaciones cuantitativas y cualitativas de la demanda de tutela judicial⁹¹.

La influencia de la organización judicial sobre la eficiencia de la justicia civil depende de factores distintos a la especialización, aunque ésta puede ser uno de los importantes. El problema es más general y comprende los aspectos de esa organización y de los procedimientos de gestión de la misma que inciden en la asignación de la capacidad de trabajo de los jueces para atender la demanda de tutela judicial. Junto con la posibilidad de incrementar el número de jueces si esa demanda lo requiere, es importante que la ordenación jurídica posibilite una asignación eficiente de los recursos existentes; en este caso, de la capacidad de trabajo de los jueces que forman parte de la organización judicial.

Muy sintéticamente, los rasgos relevantes del Derecho español sobre esas cuestiones son los siguientes:

1º) Hay una previa estructura legal que encuadra y limita los poderes del Gobierno y del CGPJ en cuanto a las clases de órganos jurisdiccionales, su

⁹⁰ CGPJ, *La Justicia Dato a Dato, Año 2018*, cit., p. 8 (accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadístico-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/> –última visita 26/07/2019–), informa de que, en el año mencionado, había 104 Juzgados especializados en asuntos de familia, 3 en asuntos hipotecarios, 18 en tutelas, 1 en laudos y arbitrajes y 106 en violencia sobre la mujer (a mi juicio, indebidamente considerados dentro de la “Jurisdicción penal”, cuando, siguiendo los criterios de la obra, deberían al menos considerarse como “Jurisdicción mixta”).

⁹¹ Destacando este aspecto, OECD (2013), *¿“What makes civil justice effective?”*, cit., p. 8; Palumbo, *“The Economics of Civil Justice”*, cit., p. 29; Doménech, Mora-Sanguinetti, *“El mito de la especialización judicial”*, cit., pp. 8, 14, 25-26.

composición, sus competencias, clase de demarcación a la que extienden su competencia territorial, así como la determinación concreta de las demarcaciones y de su capitalidad. Para su modificación son necesarios procedimientos de reforma legal con su característica lentitud.

2º) El Gobierno puede, dentro del marco legal y con la cobertura de la dotación presupuestaria del ejercicio correspondiente, crear órganos jurisdiccionales (juzgados, secciones en tribunales colegiados, plazas de magistrado en secciones preexistentes –en vez de una sección completa–), cambiar el orden jurisdiccional de juzgados radicados en una misma sede y diferenciar los órdenes jurisdiccionales civil y penal entre juzgados de una misma demarcación que inicialmente fueran mixtos. Algunas de estas decisiones están condicionadas no solo por los costes presupuestarios de las plazas de juez, sino por los del personal auxiliar y de los medios materiales, aunque los últimos están a cargo de las Comunidades Autónomas que tengan competencia en materia de justicia. Es conveniente apuntar, ahora, que uno de los objetivos de la nueva estructura de apoyo a la jurisdicción, por su potenciación de los servicios comunes, es liberar la creación de plazas de jueces del condicionamiento de los costes presupuestarios adicionales del personal auxiliar.

3º) Los órganos de gobierno del Poder Judicial, dentro del marco que resulta de lo mencionado en los anteriores puntos 1º y 2º, tienen potestades que les permiten ajustar, en alguna medida, la capacidad de trabajo de los órganos jurisdiccionales existentes a la demanda de tutela judicial.

El CGPJ puede, como se ha expuesto antes, especializar juzgados del orden jurisdiccional civil y de un mismo partido judicial (demarcación judicial menor) y también secciones de una misma Audiencia Provincial (art. 80 LOPJ, si bien algunas especializaciones vienen impuestas por el art. 82 LOPJ).

Sin relación con la técnica de la especialización, la reforma de la LOPJ por una LO 16/1994 apoderó al CGPJ para, contando una aprobación del Ministerio de Justicia que sólo depende de la comprobación de que existe disponibilidad presupuestaria, adscribir temporalmente a determinados juzgados o tribunales jueces o magistrados de apoyo en casos de "excepcional retraso o la acumulación de asuntos", siempre que esas situaciones no puedan ser corregidas con otras medidas y no tengan carácter estructural (arts. 216 bis a 216 bis 4 LOPJ).

Reformas de 2009, 2010 y 2012 han afectado a este instrumento precisando quienes pueden ser designados como jueces o magistrados para esas medidas de apoyo. Del régimen establecido por las reformas destacaré dos aspectos, porque tienen interés como técnicas de gestión eficiente de la capacidad de trabajo de los jueces. En primer lugar, es posible la adscripción forzosa, en funciones de apoyo, de jueces y magistrados titulares de órganos que tuviesen escasa carga de trabajo según unos criterios técnicos establecidos por el CGPJ. En segundo lugar, se han creado, en cada Comunidad Autónoma y en principio vinculadas a las demarcaciones provinciales, plazas de jueces de adscripción territorial, que son ocupadas por jueces de carrera sin destino en ningún órgano jurisdiccional concreto, con la finalidad –entre otras– de que sus titulares pueden ser designados como jueces de apoyo⁹².

La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia puede adoptar medidas de exención temporal, total o parcial, de reparto de asuntos a determinado juzgado o sección, si lo exigen las necesidades del servicio –cabe pensar que por la sobrecarga de trabajo recayente en ese órgano– (art. 152.2. 1ª LOPJ).

El presidente del TSJ, puede designar a jueces de adscripción territorial como jueces de apoyo, si esta medida ha sido aprobada por el CGPJ, aparte de la designación de los mismos para atender situaciones transitorias de vacancia del órgano o de ausencia de su titular (art. 347 bis LOPJ).

El régimen que, sintéticamente, se acaba de exponer solo de manera muy limitada permite corregir los desequilibrios en la distribución de la carga de trabajo entre las diferentes –por la materia de su competencia o por su función– clases de órganos jurisdiccionales y entre los órganos jurisdiccionales de la misma clase pero radicados en diferentes demarcaciones territoriales⁹³. Ciertamente

⁹² Según informa CGPJ, *La Justicia Dato a Dato, Año 2018*, cit., p. 10, estaban cubiertas 217 plazas de juez de adscripción territorial y 17 jueces en expectativa de destino –es decir, que ya han accedido a la carrera judicial, pero no han sido aún destinados a plazas determinadas– estaban realizando tareas de apoyo y sustitución.

⁹³ Ilustran estos desequilibrios dos informes del Servicio de Inspección del CGPJ: Informe órganos que sobrepasan el 150% de la carga de trabajo. Datos a 31/12/2013, Madrid, septiembre de 2014; Informe órganos de carga menor de trabajo. Datos a 31/12/2013, Madrid, diciembre de 2014, accesibles en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Estudios> (última visita 26/07/2019).

una solución sería aumentar el número de órganos jurisdiccionales allí donde la demanda de tutela judicial lo hace necesario. No obstante, la opción razonable –incluso prescindiendo del pie forzado de políticas de contención del gasto público– es revisar aquel régimen para diseñar la organización judicial y su gestión de un modo que posibilite una distribución más equilibrada y ágil de la carga de trabajo entre todos los órganos jurisdiccionales, optimizando el aprovechamiento de su capacidad para atender a la demanda de tutela judicial⁹⁴.

De los intentos de reforma de 2011 y 2014, el primero apenas inició la tramitación parlamentaria y el segundo no pasó de anteproyecto⁹⁵. Sin descender al detalle de la ordenación proyectada, los objetivos eran, principalmente, tres y estaban en alguna medida entrelazados:

1º) Facilitar el ajuste de los efectivos judiciales disponibles a las posibles oscilaciones cuantitativas y cualitativas de la demanda de tutela judicial. Con este fin la primera instancia de la justicia civil, por lo que ahora importa, ya no se atribuye a juzgados con juez titular unipersonal, sino a secciones o salas de un Tribunal de Instancia en el que se integran las plazas a las que los jueces están destinados. Las secciones o salas pueden constituirse, para ejercer potestad jurisdiccional, en formación de juez único o en órganos colegiados, entre los que se distribuyen los asuntos de competencia de la sección o sala según unas reglas de reparto predeterminadas aprobadas por órganos de gobierno interno del Poder Judicial. El anteproyecto de 2014 fue más allá en estas técnicas de optimización de efectivos al establecer, en principio, la demarcación territorial provincial para los Tribunales de Instancia, con la finalidad de evitar la rigidez de la vinculación a ámbitos territoriales menores.

⁹⁴ La relevancia de este enfoque para mejorar la eficiencia de la justicia se pone de manifiesto en análisis de diferente ámbito y elaborados con diferente finalidad; p. ej., Fabri, M., Langbroek, Ph. M., “Assignment of cases to courts and within courts in six European judicial Administrations and in Québec: A comparative analysis”, en Philip M. Langbroek and Marco Fabri (eds.), *Case assignment to courts and within courts*, Shaker Publishing, 2004, pp. 9-38; Comparecencia del Presidente del CGPJ, 29 de abril de 2016, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, a cuyo texto puede accederse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L11/CONG/DS/CO/DSCD-11-CO-66.PDF, pp. 5-6, 16-17 (última visita 26/07/2019).

⁹⁵ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de los Tribunales de Instancia –accesible en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas->, proyectos de Ley de la 9ª Legislatura; Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial –accesible en <http://s01.s3c.es/imag/doc/2014-04-07/xx.Poderjudicial.pdf>– (última visita 26/07/2019).

2º) Mantener la especialización de los jueces en cuanto a la atribución del conocimiento de ciertas clases de asuntos por su calidad, aunque con medidas destinadas a evitar que la especialización oponga rigidez para responder a oscilaciones de la demanda de tutela judicial tanto en los asuntos objeto de especialización, como en asuntos comunes del orden jurisdiccional civil. La especialización dentro del orden jurisdiccional civil y en la primera instancia puede ser establecida por los órganos de gobierno del Poder Judicial –CGPJ y órganos de gobierno interno–, que pueden determinar que jueces que tengan asignadas materias especializadas conozcan también de materias comunes del orden civil. Por lo demás, las características que la ley impone a las normas de reparto –predeterminación y publicidad– no excluyen que las mismas vayan más allá de asegurar una distribución cuantitativamente igual del número de asuntos, sino que permiten que tomen en consideración aspectos cualitativos de los asuntos y, de ese modo, introduzcan algún grado de especialización de menor nivel.

3º) Facilitar la previsibilidad de las respuestas judiciales en primera instancia⁹⁶. Partiendo de la atribución del conocimiento de asuntos en la primera instancia a salas o secciones, los textos proyectados permitían que, cuando se hubieran manifestado discrepancias en la resolución de casos iguales por jueces destinados en aquellos órganos, las salas o secciones se constituyeran en pleno para conocer de algún o de algunos asuntos de la clase afectada, siendo los criterios de la sentencia que se dictara vinculantes, en principio, para los jueces de la sala o sección cuando tuvieran que resolver casos iguales.

Una reforma de la LOPJ por LO 7/2015, de 21 de julio, ha potenciado los instrumentos en manos del Poder Ejecutivo, del CGPJ y de otros órganos de gobierno del Poder Judicial para facilitar una distribución más equilibrada de la carga de trabajo entre órganos jurisdiccionales, así como la agilidad de la respuesta ante las variaciones de esa carga. Específicamente: 1) se ha facilitado la modificación de las demarcaciones territoriales de Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con la consecuencia de aliviar la carga de trabajo de los órganos de competencia civil común o especializada en familia; 2) la potestad de especialización de órganos jurisdiccionales del CGPJ, hasta ahora limitada a los radicados en el mismo partido judicial (demarcación territorial menor), se ha extendido a los radicados

⁹⁶ Sobre la consideración de tal previsibilidad como factor de calidad de la justicia civil, Palumbo, “The Economics of Civil Justice”, cit., pp. 18-24.

en una misma provincia; y 3) un órgano de gobierno interno del Poder Judicial, la Sala de Gobierno del TSJ, puede reequilibrar, en el nivel provincial, la carga de trabajo de los Juzgados de lo Mercantil mediante modificación de las normas de reparto⁹⁷.

Tanto las reformas realizadas como las proyectadas afectan a la independencia del juez, requisito constitucional básico de su estatuto, y también a algunas garantías de la misma. Consiguientemente debía cuestionarse si esa afectación respetaba los condicionamientos constitucionales.

En el conjunto de normas referidas a la independencia judicial hay unas que son expresión de aquello en lo que la independencia consiste, mientras que otras normas tienen una función de garantía de la independencia. La infracción de las primeras determina inconstitucionalidad, mientras que respecto de las segundas el legislador infra-constitucional tiene una mayor libertad de configuración normativa, si bien deberá ejercerla de modo que la independencia judicial quede asegurada⁹⁸.

Solo una de las reformas proyectadas mereció una valoración de inconstitucionalidad por contraria a la independencia del juez: la que proyectaba establecer la vinculación del juez a los criterios de la sección o sala de la que formara parte, cuando se hubieran reunido en pleno para juzgar casos precedidos de divergencias entre jueces de la misma sección, a lo que nos hemos referido poco antes⁹⁹. Es cierto que, según la jurisprudencia del TC sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley, un órgano jurisdiccional está vinculado por

⁹⁷ Sobre esta reforma, la recuperación de algunos objetivos de los intentos frustrados de reforma y la implicación constitucional de las materias afectadas, véase, Juan Sánchez, R., "La LO 7/2015: el Juez legal predeterminado, la gestión de los tribunales y su incidencia sobre el acceso a la justicia. ¿La implantación encubierta de los Tribunales Provinciales de Instancia?", en *Diario La Ley*, 1 de diciembre de 2015, pp. 7-13.

⁹⁸ Para un tratamiento más amplio remito a Ortells, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 56-66.

⁹⁹ El informe preceptivo del CGPJ, de 31 de marzo de 2011, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de los Tribunales de Instancia –accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/> (última visita 26/07/2019), pp. 46-49 y 70-71–, considera, en efecto, inconstitucional la regulación del art. 94 del Anteproyecto de Ley.

su propio precedente al resolver futuros casos iguales, pero en la ordenación proyectada de los Tribunales de Instancia el órgano jurisdiccional vinculado –juez unipersonal destinado en una sección del tribunal de instancia– no era el mismo que el que había creado el precedente –pleno de la sección del tribunal de instancia– y, además, no bastaba para su desvinculación con motivar la diferencia de los casos, porque la norma imponía, también, que la divergencia estuviera amparada por criterios establecidos por un tribunal de grado superior, lo que, indirectamente, suponía establecer la vinculación a esos criterios. La vinculación al precedente o a la doctrina jurisprudencial de tribunales de grado superior o de alguno de ellos sigue siendo materia muy discutida en Derecho español, precisamente porque involucra la esencia misma de la independencia judicial¹⁰⁰.

La inamovilidad judicial constituyó motivo de preocupación, porque la necesidad de dotar de mayor flexibilidad al régimen de asignación de los jueces a cumplir sus funciones en órganos jurisdiccionales determinados incrementa el riesgo de que ese régimen y su aplicación sean utilizados como amenaza o como premio para condicionar el ejercicio independiente de la potestad jurisdiccional. No obstante, en esta materia hay margen para que el legislador compagine las necesidades que derivan del objetivo de mayor flexibilidad con normas de protección del juez frente a posibles abusos en la gestión de su estatuto como servidor público¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sobre el estado de la cuestión, puede verse, Ortells Ramos, M., “Gleichheit bei der Gesetzesanwendung, Zugang zur Kassation und bindende Wirkung der Rechtsprechung des spanischen Tribunal Supremo. Kommentare zur aktuellen Krise der Kassation im spanischen Zivilprozess”, en *Festschrift für Dieter Leibold zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 731-752; Ortells Ramos, M., “La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”, en *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa* (Ortells Ramos, M., Ed.), Madrid, Difusión, 2008, pp. 163-243; Ortells, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 61-63. Respecto del intento de regulación de la materia en el Anteproyecto de LOPJ de 2014, véase el Informe del CGPJ de 27 de junio de 2014 –accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Poder-Judicial> (última visita 26/07/2019)–, pp. 53-64.

¹⁰¹ De hecho, el CGPJ ha realizado valoraciones diferentes del modo en que se protegía la inamovilidad en el Anteproyecto de Ley de los Tribunales de Instancia de 2011 y en el Anteproyecto de LOPJ de 2014, como puede leerse en la p. 223 del Informe del CGPJ de 27 de junio de 2014, cit. en la nota inmediata anterior: “El prelegislador es consciente (de) que uno de los principales problemas que puede suscitar el TPI es la merma de las garantías actualmente existentes y, en particular, el menoscabo de la inamovilidad de los Jueces, principio íntimamente relacionado

El requisito constitucional –y contenido de un derecho fundamental– del juez predeterminado por la ley¹⁰² también se halla expuesto a mayores riesgos. Más allá de las normas legales de atribución de competencia, se tiende a flexibilizar las reglas de distribución de los asuntos entre órganos competentes, para evitar desigualdades en la asignación de la carga de trabajo o, más genéricamente, para asignarlos a los más adecuados entre aquellos órganos. Junto con mantener que un órgano jurisdiccional no puede ser arbitrariamente desposeído del conocimiento de un asunto que le haya sido atribuido, de lo que se trata es de rodear de garantías ese régimen, eventualmente nuevo, de reparto de la carga de trabajo para contrarrestar manipulaciones del mismo orientadas a la obtención de un determinado resultado en la sentencia del caso.

con el derecho al juez predeterminado por la ley. Para conjurar estos peligros, el Anteproyecto se aparta, a nuestro juicio con acierto, de la línea seguida por el Proyecto de reforma de la LO para la creación de los Tribunales de instancia, que establecía una adscripción funcional de los Jueces dentro de cada Sección; lo que tantas críticas había suscitado por entender que con ello quedaba afectado el principio de inamovilidad judicial (en este sentido informó este CGPJ)”.

¹⁰² Sobre las exigencias que derivan de este principio y su justificación, Ortells, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 101-107.

COMENTARIO CRÍTICO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 6 DE MAYO DE 2020, QUE HA REVOCADO LA PATERNIDAD DE JULIO IGLESIAS

Manuel Oteros Fernández
Magistrado jubilado. Doctor en Derecho

Sumario: I. JUSTIFICACIÓN. II. EL SUPUESTO TEÓRICO. III. EL SUPUESTO REAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 6 DE MAYO DE 2020. IV. CRÍTICA DE LA SENTENCIA. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. JUSTIFICACIÓN

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de mayo de 2020¹, al estimar la excepción de cosa juzgada material, ha revocado la del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valencia, de 9 de julio de 2019, que estimó la demanda de declaración de filiación no matrimonial del pretendido hijo de Julio Iglesias, por considerar aquella que se daba la triple identidad de sujetos, objeto y causa petendi, respecto de la sentencia que en su día (hace casi tres décadas) desestimó la reclamación de filiación del mismo actor, D. Julio Sánchez Santos, que era menor de edad cuando se inició el litigio y aún cuando se dictó la primera sentencia que declaraba su filiación matrimonial.

En las siguientes líneas procederemos a hacer una crítica de la anterior sentencia, al no darse la identidad de sujetos para apreciar la excepción de cosa juzgada material.

¹ SAP, Civil sección 10 del 06 de mayo de 2020 (ROJ: SAP V 1441/2020-ECLI:ES:APV:2020:1441). Ponente: María del Pilar Manzana Laguarda.

II. EL SUPUESTO TEÓRICO

En 1996, anticipándonos a situaciones como la que aquí nos ocupa, publicamos un artículo en la revista "La Ley", titulado "La extensión de la cosa juzgada material al hijo en las acciones de reclamación de filiación"², llegando entre otras a las siguientes conclusiones:

"1) En el caso de la demanda de reclamación de filiación no matrimonial interpuesta por la madre no puede hablarse de un supuesto de representación, sino de un supuesto de «sustitución procesal», ya que la madre tiene un interés propio y legítimo en el litigio que aleja la figura de la representación, caracterizada por la «ajenidad» del interés del representante. El interés de la madre en el litigio puede defenderse ejercitando su legitimación extraordinaria, por medio de la figura de la representación, durante la menor edad del hijo, o por medio de la intervención adhesiva si la demanda fuere interpuesta por el hijo mayor de edad.

2) Tanto en el caso de la intervención adhesiva de la madre, coadyuvando en la demanda interpuesta, como de la sustitución, actuando con legitimación por sustitución, la actividad procesal de la madre respecto del hijo vendrá informada por el principio de extensión de los beneficios procesales, de forma que redundará en beneficio del hijo la actividad procesal beneficiosa para el mismo, mientras que no le afectará una eventual actividad procesal gravosa.

3) En virtud del principio de aprovechamiento de los beneficios procesales, la sentencia que se dicte en el proceso instado por la madre no producirá efectos de cosa juzgada material respecto del hijo cuya filiación se insta, sino que aprovechará a éste si resultase estimatoria, mientras que si resultase desestimatoria sobre el fondo, o sea, si absolviese al presunto padre, no privaría al hijo del derecho a demandar su filiación cuando tuviese la necesaria capacidad procesal para hacerlo.

4) Creemos que en el supuesto que nos ocupa no se ve comprometido el principio de seguridad jurídica ni se pone en entredicho la santidad de la cosa juzgada, sino simplemente que ésta no se puede extender a quien no ha sido parte en el

² Cfr. Oteros Fernández, M., "La extensión de la cosa juzgada material al hijo en las acciones de reclamación de filiación", en *La Ley. Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 5, 1996, págs. 1601-1608.

proceso, y el hijo no fue parte en el proceso, aun cuando el proceso versare sobre un derecho subjetivo suyo, cual es el del reconocimiento de su filiación. El hijo es y fue parte en la relación jurídico-material, pero no en la relación jurídico-procesal, en la que fue un tercero”.

Concluía el artículo con la siguiente reflexión: *“Finalmente animamos a que la cuestión que mantenemos en este trabajo sea planteada por alguno de aquellos que, estando legitimados para ello, puedan demandar su filiación no matrimonial ante uno de nuestros Juzgados, y deje de ser un ejercicio teórico para convertirse en un proceso de cuya resolución no nos cabe duda de que puede depender el futuro de muchos hijos no matrimoniales que tuvieron la mala fortuna de que sus representantes legales ejercieron por ellos una acción en un tiempo o en una forma desafortunada para aquéllos, y que pueda llevarse la cuestión a las instancias judiciales más altas, pues la creemos merecedora de ello. Por otro lado, no pensamos que, argumentando bien la demanda y destruyendo adecuadamente la presunción de cosa juzgada, haya ningún Juez en nuestro país tan insensible que, ante una demanda de este tipo, hiciera un pronunciamiento sobre costas desfavorable al actor, incluso si desestimase la demanda, pues estaríamos sin duda ante uno de los supuestos contemplados en el párrafo 1.º del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que el Juez, prescindiendo del criterio objetivo del vencimiento, y razonándolo debidamente, apreciaría la concurrencia de circunstancias excepcionales que motivarían la no imposición de costas al actor”.*

III. EL SUPUESTO REAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 6 DE MAYO DE 2020

El supuesto hipotético al que se refería el artículo de referencia, en 1996, ha pasado a ser un supuesto real, que ha sido resuelto recientemente en segunda instancia por la sentencia que aquí comentamos, referida a la reclamación de la supuesta paternidad del cantante Julio Iglesias, sólo que con alguna matización importante, ya que si no hay dos pleitos iguales, no iba a ser el supuesto hipotético idéntico al real. El relato de hechos que recoge la sentencia comentada, con las omisiones necesarias para proteger los datos personales de los afectados es el siguiente:

“1. El actor nacido en Valencia el día NUM000 de 1976 –al parecer el 19 de abril de 1976– fue inscrito en el Registro Civil de Valencia como hijo de Rosa. El

NUM003 su madre contrajo matrimonio con el codemandado Conrado quien en testamento reconoció como hijo al actor, quedando inscrito en el Registro Civil como hijo de aquél y ostentando en lo sucesivo los apellidos Romualdo. El actor alcanzó la mayoría de edad el NUM000 de 1994.

2. En fecha 4 de septiembre de 2017, el actor presentó demanda, a la que se contrae el presente recurso, en ejercicio de la acción de determinación de filiación paterna extramatrimonial sin posesión de estado contra el codemandado Sr. Victoriano y, correlativamente a ello, la de impugnación de la contradictoria paternidad matrimonial ostentada, contra el también demandado Sr. Conrado.

3. En el año 1990, su madre presentó ante los Juzgados de Valencia demanda de reclamación de paternidad contra el Sr. Victoriano, la que, turnada al Juzgado de Primera Instancia 2 de Valencia, dio lugar al Menor Cuantía 48/1990, el cual, por no haberse demandado al padre registral, esto es, al Sr. Conrado, terminó por sentencia de fecha 3 de enero de 1991, sin resolución de fondo, por apreciación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

4. Al año siguiente, nuevamente su madre, actuando en nombre de él, al ser menor de edad, presentó otra demanda también ante los Juzgados de Valencia, en reclamación e impugnación de paternidad contra los mismos ahora demandados, que resultó turnada al Juzgado de Primera Instancia Trece y dio lugar al Menor Cuantía 576/1991,

a. En la instancia se dictó el 28 de octubre de 1992 sentencia estimatoria de la demanda, declarando la paternidad del codemandado Sr. Victoriano, la no paternidad del codemandado Sr. Conrado y ordenando la rectificación del asiento registral. La prueba esencial en que se basó la estimación de la demanda fue la ficta confessio, la negativa a realizar la prueba biológica y como accesoria la documental consistente en unas fotografías de un periódico francés y la testifical de conocidos de la actora.

b. Alcanzada la mayoría de edad en el trámite de apelación, el hoy actor se personó en el rollo de Sala, aportando nuevos poderes, sin que en ningún momento propusiera la práctica en segunda instancia, al amparo del entonces art. 862.2 de la LEC, ni la prueba de ADN ni la confesión del codemandado Sr. Victoriano.

c. En grado de apelación, se dictó por la sección octava de la Audiencia Provincial de Valencia, el 30 de septiembre de 1994, sentencia revocando la anterior y desestimando la demanda inicial. En dicha sentencia se concluye que no hubo negativa a la prueba biológica que provocara la afirmación de la paternidad porque no hubo advertencia de las posibles consecuencias de su negativa y tampoco ficta confesio por no haberse practicado la segunda citación con la oportuna advertencia de las consecuencias de la no comparecencia.

d. Contra dicha sentencia se formuló recurso de casación por Tomás hoy actor, por quebrantamiento de forma ante el Tribunal Supremo que fue desestimado por sentencia de fecha 19 de junio de 1999. El Supremo argumentó que la parte que ahora alega indefensión nada hizo para resaltar los defectos alegados en la apelación pudiendo haberlo hecho.

e. Contra dicha sentencia se interpuso por Tomás recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por resolución de 30 de enero de 2003, con el argumento de que no puede considerarse irrazonable, arbitraria o fruto de un error la motivación de las dos sentencias, y que no puede alegar indefensión quien ha contribuido con su comportamiento a la producción del resultado, concluyó que su pretensión carecía de contenido constitucional.

5. A su vez, en el año 2004 el ahora actor formuló por sí mismo ante los Juzgados de DIRECCION000 idéntica demanda que la anterior, a la que añade solicitud de derechos sucesorios, apellidos, indemnización por perjuicios de 200.000 euros y alimentos en importe de 7.470 euros mensuales del Sr. Victoriano y de 30 euros a su madre a la que también demandó en reclamación de alimentos. Dicha demanda turnada al Juzgado de Primera Instancia Tres de esa ciudad, dio lugar al Verbal 867/2004. El Juzgado argumentó que la pretensión que constituye la esencia del proceso es la misma que la intentada en Valencia –la determinación de la filiación– siendo los otros pedimentos consecuencia de aquella que constituye su presupuesto ineludible. Dicho procesó finalizó por auto de sobreseimiento estimatorio de la excepción de cosa juzgada de fecha 28 de mayo de 2005.

6. Dicha resolución fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Málaga en auto de 7 de noviembre de 2006. Argumenta la Audiencia que el objeto esencial del proceso es que se declare que el actor es hijo extramatrimonial del Sr. Victoriano, con las consecuencias que de ello deriva, siendo un

artificio para eludir la cosa juzgada la acumulación de la reclamación de alimentos pero que ésta necesita como título la filiación que no ha sido declarada por sentencia firme. Entra en el fondo concluyendo que se dan las tres identidades en las partes, en el objeto del proceso y en la causa de pedir, e insiste en que el no hizo nada en la apelación para denunciar y subsanar los defectos en la prueba biológica y en la de confesión en la que ya compareció como parte al haber alcanzado la mayoría de edad.

7. En el presente procedimiento, –que se ha aludido en el segundo de los hechos de este fundamento– el Juzgador de instancia resuelve mediante auto de fecha 3 de junio de 2019 desestimar la excepción de cosa juzgada invocada tanto por el Ministerio Fiscal como por la representación procesal del Sr. Victoriano. Y recurrida en reposición dicha resolución es confirmada por auto de fecha 26 de junio de 2019. En consecuencia, se reanuda la celebración de la vista del juicio verbal que concluye con sentencia de fecha 9 de julio de 2019 estimatoria de la demanda, pero sin imposición de costas por las dudas de derecho existentes sobre la concurrencia de la cosa juzgada”.

La sentencia que comentamos, apreciando el efecto de cosa juzgada material, revocó la del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valencia que declaraba la filiación no matrimonial del actor respecto del demandado D. Julio Iglesias, al considerar que se daba la triple identidad necesaria para ello, de sujetos, objeto y causa de pedir. Razonaba en su fundamento de Derecho 4º: *“En efecto, ante la sentencia estimatoria de la paternidad en el proceso de menor cuantía 575/91 seguido en el Juzgado de Valencia número 13, el Sr. Victoriano recurrió ante la Audiencia Provincial. En el periodo de tras previo emplazamiento, personación de las partes en el rollo de Sala, se personó en su propio nombre el Sr. Tomás, otorgando nuevos poderes, y no propuso prueba alguna. No cabe duda pues de su condición de parte. La sentencia en apelación dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso y revocó la sentencia porque ni la prueba biológica ni la prueba de confesión, que habían servido de base a la estimación de la demanda, se habían practicado con las garantías exigidas por el ordenamiento jurídico para que dieran el resultado pretendido. A lo argumentado en aquella sentencia nos remitimos. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por el propio Sr. Tomás, solicitó del Alto Tribunal que se decretara la nulidad de la sentencia, y el fallo del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 19 de junio de 1999, fue desestimatorio del recurso, reprochando al recurrente que no hiciera*

nada en la alzada para resaltar los defectos ahora denunciados. Recurrido dicho fallo ante el Tribunal Constitucional, por éste en fecha 30 de enero de 2003 se inadmitió el amparo solicitado, argumentando, entre otros motivos, que no podía alegar indefensión quien ha contribuido con su comportamiento a la producción del resultado.

No cabe duda, al entender de la Sala, que el Sr. Tomás fue parte y actuó en nombre propio en el referido proceso y que, por lo tanto, se da la identidad subjetiva requerida por el art. 222 de la LEC para apreciar la cosa juzgada en el actual proceso entablado de nuevo ante los Juzgados de Valencia”.

IV. CRÍTICA DE LA SENTENCIA

Discrepamos de la sentencia que comentamos respecto de que haya identidad subjetiva entre aquel litigio que comenzó en 1991 con la demanda que dio lugar a los autos nº 576/1991, y el litigio que se inició con la demanda interpuesta en el año 2017 por el pretendido hijo de Julio Iglesias, que dio lugar a los autos nº 1056/2017, por las razones que pasamos a exponer:

1.- En el procedimiento del año 1991 la actora era la madre del posteriormente demandante, que en ese momento tenía 15 años de edad. La madre tenía lo que denominamos “legitimación por sustitución”, de forma que podía interponer la demanda en nombre e interés propio, aunque en defensa de un derecho ajeno, como era la determinación de la filiación biológica de su hijo. Debe tenerse en cuenta que, conforme al principio de “perpetuatio legitimationis”, la legitimación inicial se conserva durante todo el procedimiento y en sus sucesivas instancias, pues como ya tuvo ocasión de declarar la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1999³, la cuestión no es tanto de cese de la representación legal, al alcanzar el hijo la mayoría de edad durante la sustanciación del procedimiento, sino de que se ha producido una prórroga de la legitimación en virtud de aquel principio de “perpetuatio legitimationis”. Por cierto, esta sentencia se refería a un supuesto en el que la madre interpuso demanda de reclamación de filiación contra el padre biológico cuando la hija era

³ STS, Civil sección 1 del 11 de mayo de 1999 (ROJ: STS 3231/1999 - ECLI:ES:TS:1999:3231). Ponente: José Almagro Nosete.

menor de edad, y durante la tramitación del procedimiento la misma alcanzó la mayoría de edad. La sentencia, que declaró la filiación no matrimonial de la hija, fue recurrida en apelación y confirmada por la Audiencia Provincial de Gerona en sentencia de 28 de febrero de 1994, y recurrida ésta en casación, solicitaba el demandado en primer lugar que la sentencia fuera casada por entender que se había violado el artículo 9.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en la época, "por no tener en cuenta la Sala sentenciadora que el procurador de la parte actora cesó en su representación procesal, al agotarse la representación legal de su poderdante, madre de la menor cuya paternidad se reclamaba, al haber cumplido ésta, pendiente el proceso, la mayoría de edad". El motivo fue desestimado, declarando la sentencia citada del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1999 que "Ya esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestión semejante (*sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1999*) reiterando la doctrina anterior (*sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994*), que establece: "frente al criterio de que es el hijo, en realidad quien tiene legitimación y no la madre que no puede reclamar en nombre propio, la legitimación activa de la madre para reclamar se basa en su evidente interés jurídico, apoyado no sólo en una inequívoca relación de naturaleza moral y física, sino en el Derecho positivo vigente y en la jurisprudencia de esta Sala". El problema, por ello, enseña la referida sentencia de 22 de marzo de 1999 "no reside tanto en una cuestión de cese de la representación legal, por mayoría de los hijos, como en una prórroga de la legitimación, "en virtud del principio de la perpetuatio legitimationis" (*sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991*), perfectamente admisible, cuando como en el caso presente, no consta oposición expresa de la hija a tal reconocimiento".

2.- Admitido implícitamente, conforme a la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal que se ha recogido en el apartado anterior, que la madre tiene lo que denominamos "legitimación por sustitución", y que podía haber continuado teniéndola a lo largo de todo el procedimiento, desde la presentación de la demanda en 1991 hasta la decisión del Tribunal Constitucional denegando el amparo en 2003, en el fondo el sujeto activo de la relación jurídico procesal en el procedimiento iniciado en el año 2017, era distinto de aquel primero de 1991, del que apreció la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia la cosa juzgada material.

3.- De la lectura del fundamento de Derecho quinto de la SAP de Valencia que comentamos se desprende que lo definitivo a la hora de apreciar la cosa

juzgada fue el hecho de que el actor se personara en aquel procedimiento iniciado en 1991, en el rollo de apelación, e interpusiera recurso de casación contra la sentencia recaída el 30 de septiembre de 1994. Al respecto debe tenerse en cuenta que cuando se dictó la sentencia por el Juzgado de 1ª Instancia de Valencia el 28 de octubre de 1992, declarando la paternidad de Julio Iglesias el actor tenía 16 años de edad, y se personó en el rollo de apelación justo al cumplir los 18 años de edad, muy avanzada la tramitación del recurso de apelación, dictándose la sentencia que revocó la del Juzgado a los pocos meses. Con toda probabilidad, la fatal personación del hijo recién adquirida la mayoría de edad obedecería a evitar que en la alzada e instancias superiores se cuestionara la legitimación activa de la madre al haber alcanzado la mayoría de edad el hijo menor durante el procedimiento, como fue el caso al que se refería la STS de 11 de mayo de 1999 que comentábamos anteriormente, pues ésta era cuestión debatida por aquellas fechas⁴ (principios de la década de los noventa del siglo pasado, apenas diez años después de haberse posibilitado la investigación de la paternidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución Española, y con muy escasa jurisprudencia al respecto). Entendemos que no es posible interpretar un comportamiento procesal de 1994 en una materia como es la investigación de la paternidad, con criterios del año 2020, pues en aquellos años nos topábamos con inercias de épocas pasadas reacias a la investigación de la paternidad, quedando ésta al libre albedrío y la buena voluntad del progenitor varón en la mayor parte de los casos. Sería como enjuiciar un caso de violencia de género de aquellos tiempos con la óptica actual. (Al respecto me viene a la memoria una anécdota que viví como Secretario Judicial en Canarias a mediados de los años 80; al tomarle declaración a una denunciante de unos 30 años de edad vi que sólo le quedaba un diente en la encía de arriba, como si fuese el badajo de una campana, de una paliza que le propinó el esposo, de cuyo nombre y apellidos me acuerdo aunque no lo nombraré; cuando se celebró el juicio se le absolvió al retirar la esposa la denuncia; a los pocos meses el mismo esposo le prendió fuego a la puerta de la casa con los suegros y su cónyuge dentro de la misma; se instruyó el correspondiente atestado y vuelta a pasar lo mismo, retirada de la denuncia por la esposa; y en el antiguo Juzgado de Distrito se

⁴ Obsérvese que el procedimiento de reclamación de filiación no matrimonial que se comenzó a tramitar en el Juzgado de Valencia en 1991, y que daría lugar a la sentencia de la AP de Valencia de 30 de septiembre de 1994 coincidió en el tiempo con el procedimiento al que se refería la sentencia de la AP de Gerona de 28 de febrero de 1994 que citaba la STS de 11 de mayo de 1999.

decía que se trataba de “asuntos de familia” en los que no convenía inmiscuirse si se retiraba la denuncia. En los tiempos actuales el marido hubiera pasado en la cárcel varios lustros, y hubiera sido estigmatizado por la comunidad entera).

En materia de investigación de la paternidad, en los primeros años de andadura tras el reconocimiento constitucional de la misma, existía una inercia muy fuerte a favor del padre biológico que negaba la calidad de tal, pues debe reconocerse que en muchos ámbitos, sobre todo rurales, propiciar la investigación de la paternidad era no sólo desestabilizar relaciones familiares establecidas, sino comprometer patrimonios y herencias, situación a la que podía ser muy sensible una parte importante de la población, y de la que no escapaba ningún sector de la misma, incluida la Judicatura. Debe tenerse en cuenta que el cambio sociológico en el que se vio inmersa España en los años de la Transición implicó hacer en treinta años un recorrido cultural y mental que en Europa consumió al menos sesenta años.

Dejando al margen la disertación sociológica que hemos hecho en las líneas anteriores, y volviendo a la crítica de la sentencia que comentamos desde un punto de vista procesal, creemos que no puede obviarse, en favor de la tesis de la no identidad de partes para desestimar la cosa juzgada, que la intervención procesal del hijo recién adquirida la mayoría de edad en 1994, no pasaba de ser un mero formalismo o trámite procesal, pues sin duda la que sostuvo el litigio sería la madre, eligiendo Abogado, y éste los medios y estrategia más apropiados para la defensa de los intereses de su cliente. Resulta inverosímil que un menor que vive con y a expensas de su madre, al llegar a la mayoría de edad, se personara en el procedimiento, ya fenecido en primera instancia, e intentara cambiar la estrategia procesal seguida hasta ese momento, máxime si le había supuesto ganar el pleito en primera instancia, como sugería la sentencia que comentamos, proponiendo que se volviera a practicar la prueba biológica con advertencia al demandado de las consecuencias de su negativa (ni siquiera era pacífico en ese momento cuales deberían de ser aquellas consecuencias), o proponiendo nuevo interrogatorio del demandado con igual advertencia de tenerle por confeso en caso de que no compareciera; todo eso a un joven de 18 años. Según se deduce de la sentencia que comentamos de 6 de mayo de 2020, esa falta de “diligencia” a la hora de “reconducir” el procedimiento en trámite de apelación, sería la que condenaría fatalmente el futuro de la reclamación de la filiación por el actor, pretendido hijo de una estrella de fama mundial (cuando el actor pudo haber sido concebido no era el demandado un personaje tan relevante como resultaría ser).

Considerar que existe perfecta identidad de sujetos entre los dos litigios, haciendo una interpretación rigorista y formal derivada de aquella fatídica personación del hijo recién adquirida la mayoría de edad, para solventar un hipotético defecto procesal, como si estuviéramos en un litigio sobre una servidumbre o un contrato de arrendamiento, estimamos que no es lo más adecuado ni lo más justo en una materia como ésta, de reclamación de la filiación no matrimonial, en la que entre otros rigen los principios de prevalencia de la verdad biológica y protección del hijo, siendo la tendencia jurisprudencial la de prevalencia de la verdad biológica, como criterio básico de la filiación, máxime teniendo la prueba biológica en la actualidad una fiabilidad prácticamente del cien por cien.

Creemos que lo lógico (nunca debemos olvidar este parámetro, y a veces lo hacemos, perdiéndonos en fuegos de artificio) y lo justo, y con amparo legal y jurisprudencial suficiente, hubiera sido facilitar la legitimación efectiva del menor (hoy ya no tan menor, pues tiene 44 años), una vez finalizado el procedimiento iniciado por la madre, que se extendió desde 1990 a 2003, para posibilitar su derecho a la tutela judicial efectiva a la que todos tenemos derecho en virtud del manido artículo 24.1 de nuestra Constitución, y no hacer que permanezca atrapado en la tela de araña que para él se ha convertido el proceso durante treinta años, máxime teniendo en cuenta que si en aquellas iniciales fechas era muy discutible y no del todo definitiva la prueba biológica, en la actualidad goza de una precisión prácticamente del cien por cien. Por otro lado, hace treinta años la negativa a la prueba biológica, basada en que podía suponer menoscabo de la integridad o salud, física o psíquica del que se sometía a ella, al tenérsele que hacer una extracción de sangre al sujeto, podría tener cierta justificación, pero en la actualidad se trata de una prueba tan poco "invasiva" que la negativa a someterse a la misma no es más que un poderosísimo indicio de conducta obstruccionista que en ningún modo merece ser premiada.

A nuestro modesto entender, creemos que la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de mayo de 2020 debería no haber juzgado un comportamiento procesal como el del actor, de personarse en el rollo de apelación de la sentencia que había declarado su filiación no matrimonial para cubrir un hipotético defecto procesal, como el ejercicio pleno de la acción de reclamación de filiación por el actor. Formalmente es correcta la apreciación de la identidad de sujetos, al estimar la cosa juzgada, pero materialmente es un despropósito en una materia como la que nos encontramos, informada por aquellos principios de

los que hablábamos en el párrafo anterior. En mi época de Profesor Universitario, cuando impartía Derecho Procesal, les decía a mis alumnos el primer día de clase que el Derecho Procesal, junto con el Civil y el Penal, eran el tronco de la carrera; que en bien de la justicia, nunca debería ganarse un pleito sólo con el Derecho Procesal, pero que si desconocíamos éste fácilmente podríamos perderlo, de ahí la importancia capital de esta disciplina; y lo que hemos expuesto a lo largo de este artículo es un ejemplo de lo que decimos. Con el Derecho Procesal como arma, la defensa de D. Julio Iglesias ha ido rechazando la paternidad biológica del mismo y frustrando las aspiraciones del supuesto hijo a la obtención de su filiación biológica durante 30 años; y lo que queda...

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Consideramos que la sentencia que comentamos se ha decantado, al apreciar la cosa juzgada en el asunto que nos ocupa, por la opción menos comprometida, y más conservadora y cómoda, primando la seguridad jurídica que la institución protege en última instancia, pero dejando en un segundo plano el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de veracidad biológica, y el principio "favor minoris", merecedores de protección y en la actualidad informadores de la materia de determinación de la filiación; pues respecto del de veracidad biológica, como dice D. Vicente Benedito Morán en su tesis defendida en Barcelona el 2016⁵, *"aunque no es un principio formulado explícitamente por el Código Civil, se colige de toda la regulación que favorece la libre investigación de la paternidad, y ha sido reconocido por la Jurisprudencia*⁶, *que ha ampliado este derecho y que*

⁵ "La atribución y determinación de la filiación, confluencias y divergencias de los ordenamientos civil y canónico".

⁶ STC 138/2005, 26 de mayo (BOE núm. 148 de 22 de junio de 2005); STC 116/1999, de 17 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999), f. 5; STC 156/2005, 9 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 2005); STC 273, 27 de octubre (BOE núm. 285 de 29 de noviembre de 2005); STC 116/1999 de 17 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 1999), p. 77; STS 30 de enero de 1993 (Roj: 19177/1993); STS 2 de diciembre 1993 (Roj: 18556/1993); STS 525/1996, 20 de junio (Roj: 3768/1996); STS 708/1993, 10 de febrero (Roj: STS 857/1997); STS 1245/1998, 31 de diciembre (Roj: 8062/1998); STS 792/2000, 21 de septiembre (Roj: STS 6147/2000); STS 1239/2001, 31 de diciembre (Roj: 10446/2001); STS 664/2002, 26 de junio (Roj: 4721/2002); STS 631/2003 26 de junio (Roj: 4471/2003); STS 793/2004, 14 de julio (Roj 5174/2004); STS 73/2012, 20 de febrero (Roj: 1182/2012); STS 209/2012, 12 de abril (Roj: STS 2571/2012); STS 11de abril de 2012 (Roj: 2571/2012).

lo sitúa por encima de situaciones filiatorias jurídicamente establecidas que no se corresponden con la veracidad material, y en definitiva, el principio de veracidad material se entiende como la concreción más general del principio superior del interés del hijo dentro de la filiación por naturaleza”.

La sentencia que comentamos ya tomó nota de la complejidad jurídica del tema, que llevó al Juez de instancia, pese a estimar la demanda, a no condenar en costas a la parte vencida, en este caso a D. Julio Iglesias. Estimamos, no nos cansamos de repetirlo, que la sentencia comentada, en orden a valorar el comportamiento procesal del actor en aquel fatídico procedimiento iniciado en 1991, debería haberlo hecho favoreciendo la investigación de la paternidad, y no cerrando definitivamente las puertas a ésta, sobre todo cuando se está en condiciones de probar plenamente, por los avances de la ciencia y la jurisprudencia, aquella paternidad.

LETRA Y ESPÍRITU DE LAS CONSTITUCIONES DEL COLEGIO DE LA ASUNCIÓN DE CÓRDOBA Y DEL COLEGIO SAN BARTOLOMÉ Y SANTIAGO DE GRANADA (Ss. XVI-XVIII)

Manuel Peláez del Rosal
Catedrático de Universidad. Académico

Sumario: I. EL COLEGIO DE LA ASUNCIÓN DE CÓRDOBA. II. EL COLEGIO DE SANTIAGO DE GRANADA. III. EL COMPONENTE SUBJETIVO. IV. EL RECTOR. V. LOS COLEGIALES. VI. LAS PRUEBAS ACADÉMICAS Y OTROS COMPORTAMIENTOS. DERECHOS, OBLIGACIONES Y SANCIONES. VII. COROLARIO.

En el presente estudio vamos a analizar las fundaciones y experiencia de dos instituciones educativas modélicas: el colegio de la Asunción de Córdoba y el colegio de Santiago de Granada, llamado posteriormente de San Bartolomé y Santiago.

I. EL COLEGIO DE LA ASUNCIÓN DE CÓRDOBA

Me refiero al Colegio antiguo de la Asunción de Córdoba¹, ya que en la actualidad y con el mismo nombre existe un Colegio Mayor Universitario, cuyos

¹ Hoy Instituto Histórico de Andalucía y desde 1767 Real Colegio de la Asunción. Al decir de Esteban Garibay, en su Historia, tomo 2, libro, 16, “pocos fuera de él había en España debajo del gobierno de los Padres de la Compañía”. Sobre su bibliografía, cfr. Rey Díaz, J. M^a., El Colegio de la Asunción de Córdoba, obra de siglos, Córdoba, 1946; Aranda Doncel, J., “Instituciones educativas andaluzas en el Antiguo Régimen: Las constituciones del Colegio de la Asunción de Córdoba durante el siglo XVI”, en Boletín de la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes de Córdoba, nº 112 (1987) pp. 5-22; “Becarios astigitanos en el Colegio de la Asunción de Córdoba durante el siglo XVIII”, en Actas del II Congreso de Historia “Écija en el Siglo XVIII”: (celebrado en Écija del 13 al 15 de Diciembre de 1989), 1995, pp. 127-13; “Jiennenses en el Colegio de la Asunción de Córdoba durante el siglo XVII”, en Boletín del Instituto de Estudios Giennenses, nº 138 (1989), pp. 49-70; “San Juan de Ávila y el clero diocesano cordobés durante los siglos XVI al XVIII”, en San Juan de Ávila, doctor de la Iglesia. Actas del Congreso Internacional (eds. J. Aranda Doncel y A Llamas Vela), Diputación de Córdoba, Córdoba, 2013, pp. 157 y ss.; Arias Gamarra, J., La Capilla de Ntra. Sra. de la Asunción del Instituto de Educación Secundaria “Luis de Góngora” de Córdoba, Córdoba, 2000 y 2019. Un breve apunte de su historia en Cobos Ruiz de Adana, J., “En el 450 aniversario del Colegio de la Asunción de Córdoba” en Diario Córdoba de 10 de octubre de 2019.

orígenes datan de 1976. Fue su fundador el Dr. Pedro López de Alba, que se avecindó en Córdoba en la segunda mitad del siglo XVI, posiblemente hacia 1567 –ignorándose el motivo, aunque sospechando lo fuera por consejo del Mtro. Juan de Ávila al que debía conocer de antiguo desde que ambos fueran estudiantes en las aulas salmantinas². El Dr. Pedro López había nacido en Madrigal de las Altas Torres en 1513, “de noble sangre y de notorio caudal”, como reza su genealogía. De la primera etapa de su vida apenas si se tienen datos³. Se sabe que estudió en la Universidad de Salamanca “donde corrió su carrera con grandes aplausos graduándose en física y medicina y recibiendo el grado de doctor, aventajándose a todos en lo asentado, prudente y bueno de sus curaciones”⁴.

Jubilado de sus ocupaciones habituales como médico del emperador Carlos V⁵, lo que le había granjeado además la amistad y respeto de los grandes y principales varones de Castilla, y ya vecino de Córdoba, resolvió destinar parte de su hacienda a la fundación de un colegio de estudiantes pobres, actividad tutelar que ya ejercía en 1569⁶. Al decir del licenciado Andrés de Cazorla, jesuita natural de la villa de Priego, en la declaración testifical del proceso de beatificación de Juan de Ávila, efectuada en el año 1624 al contestar la pregunta 22 del interrogatorio, declaró que el Dr. Pedro López, médico del Emperador, “partió desde Alemania hasta el Andalucía a ponerse en tan buenas manos como las del dicho Santo Maestro Juan de Ávila”. Y añade que fue el dicho Santo Maestro el que le aconsejó al Dr. Pedro López que hiciese asiento en Córdoba y fundase un Colegio

² Cfr. Rey Díaz, J.M^a., *El Colegio* cit., p. 21.

³ El *Diccionario Biográfico Español* de la Real Academia de la Historia no recoge su biografía.

⁴ Para Hernández Morejón, A., *Historia Bibliográfica de la Medicina Española*, Madrid, 1845, III, p. 261, estudió medicina en la Universidad de Valladolid en donde se doctoró, aunque no dejó escrita ninguna obra de esta materia. Asimismo el P. Andrés de Cazorla, aunque erróneamente, lo hizo natural de “la Ciudad de Valladolid”. Cfr. *Proceso de Beatificación del Maestro Juan de Ávila* (ed. de J.L. Martínez Gil), BAC, Madrid, 2004, p. 892.

⁵ No hemos podido localizar su nombramiento como médico real, que tal vez exista en el Archivo General de Simancas, en las Quitaciones de Corte. En un documento de Felipe II a Carlos V del año 1551 se lee lo siguiente: “En lo de los médicos y cirujanos que V.M. manda que vayan, solo el doctor Yrure ha tenido dispusición para ello, que los demás son muy viejos y impedidos, como verá V. M. por el material que se envía, de manera que será necesario rescibirse otro físico de nuevo, y también los cirujanos; visto el memorial, proveerá V.M. lo que en esto fuere servido”. Cfr. Fernández Álvarez, M., *Corpus documental de Carlos V, III (1548-1554)*, Salamanca, 1977, p. 369.

⁶ El propio Dr. Pedro López de Alba había manifestado que por aquellas fechas había albergado en su morada a religiosos del tardón (basilios).

de estudiantes, del que el testigo fue uno de ellos, arrimado al estudio y gobierno del Colegio de la Compañía y con quien tuvo mucha comunicación hasta que falleció⁷. Un año después, en 1625, declaró otro testigo, el licenciado Fernán Pérez de Torres, rector de la parroquia cordobesa de San Nicolás y San Eulogio, quien manifestó que el Padre Maestro Juan de Ávila aconsejó al Dr. Pedro López, médico del emperador Carlos Quinto que fundase el Colegio de la Asunción de Nuestra Señora “el qual ha sido de mucho provecho en toda España”, así como haber manifestado que estando en Córdoba el P. Francisco Gómez, rector del Colegio de la Compañía no hacía falta él para consejos, como vio escrito en una carta anotada de su mano para el Dr. Pedro López⁸. ¿Llegaron a conocerse el Dr. Pedro López y el P. Juan de Ávila en Salamanca, antes del año 1517, o sería en la Universidad de Alcalá entre 1520 y 1526⁹ en el supuesto de que el primero hubiere también cursado estudios aquí? La cuestión es una pura conjetura, pero la dejamos apuntada por el momento, a la espera de una investigación más completa de ambos personajes.

Al margen de las recomendaciones del Maestro Ávila, es muy probable que al Dr. Pedro López le asediara la idea y vivencias de los Colegios Mayores de su patria estudiantil salmantina, su disciplina y su eficiencia, para que los estudiantes que se acogieren al que él fundaba –“habiendo como hay en Córdoba buenos ingenios y habilidades”– se instruyeran y criaran en virtud, letras y política cristiana. En su testamento lo había expresado paladinamente: “... es mi voluntad que en esta ciudad haya un colegio de estudiantes pobres que estén y residan en él... y quiero que se llame de la Asunción de Nuestra Señora... y sean enseñados y sustentados por la orden y forma que aquí se dirá...”¹⁰.

El día 4 de abril de 1576 dio forma definitiva a su proyecto –antes, en 9 de septiembre de 1574 y en 28 de noviembre de 1575, había otorgado en el mismo

⁷ *Proceso de Beatificación* cit., pp. 892-893 y 905.

⁸ *Proceso de Beatificación* cit., pp. 190-192.

⁹ Sobre los estudios en la Universidad de Alcalá del Mtro. Juan de Ávila, cfr. *San Juan de Ávila, Obras completas, Nueva edición crítica, (Introducción, edición y notas de L. Sala Balust y F. Martín Hernández)*, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Madrid, 2000, pp. 24-28.

¹⁰ AHPCO (Archivo Histórico Provincial de Córdoba), oficio 30, escribano Rodrigo de Molina, fs.583-589, y 1226 vto.-1229 y 1417-1423r. De 9 de agosto de 1574 y 4 de agosto de 1588 son las datas de sus últimas voluntades.

sentido otros documentos– acudiendo al notario Rodrigo de Molina para formalizar su escritura de erección y fundación del denominado Colegio de la Asunción¹¹. Dejó por administradores, gobernadores y superintendentes del colegio al padre provincial de la compañía de Jesús de Córdoba y de la casa de Montilla para que pudiesen nombrar patrono y rector que rigiesen sus destinos, y en particular al P. Pedro de Bujeda, estableciendo en todo caso que se observara la manera que se gobierna en la ciudad de Salamanca el colegio de Oviedo. Estoy persuadido de que su huella fue tan intensa que al fundar el colegio cordobés quiso amoldarlo al régimen de vida que observara en los aposentos y aulas de la ciudad de Tormes. Hay que matizar esta afirmación, porque se ha dicho que intentar establecer un parangón entre ambos colegios el cordobés y el salmantino resulta descabellado¹². Y ello es tan cierto como también lo es que el espíritu que animó las Constituciones asuncionistas cordobesas tuvieron en lo principal el germen salmantino. Las Constituciones generales –hubo otras particulares– del colegio de la Asunción que son el paradigma y fundamento de su existencia, y por mandato del fundador, en cuanto al nombramiento de rector y oficiales, son un trasunto de las del colegio ovetense, y éstas muy posiblemente inspiradas en las del célebre colegio español de Bolonia¹³.

Las raíces medievales de la celeberrima universidad italiana se vieron, por tanto, reflejadas en el no menos famoso colegio cordobés y por influencia de éste en el colegio granadino. Queda en el aire el tanto por ciento que en los primeros pasos del colegio de la Asunción puso el íntimo amigo del fundador,

¹¹ Sobre la denominación de la Asunción para el “Colegio e casa de estudiantes pobres” que fundaba el Dr. Pedro López opina Rey Díaz, *El Colegio* cit., p. 22, que tal vez se debiera a ser ese el título de la parroquia de su lugar de nacimiento, del mismo nombre, en la que recibiera las aguas bautismales. A mi juicio esta advocación de la Virgen en el Misterio de su traslado a los cielos fue muy del aprecio del Mtro. Juan de Ávila, hasta el punto de ser varias las iglesias que recibieron este nombre por su mediación.

¹² Aranda Doncel, J., “Instituciones educativas andaluzas en el Antiguo Régimen: las Constituciones del Colegio de la Asunción de Córdoba durante el siglo XVI”, en *BRAC* (Boletín de la Real Academia de Córdoba), núm. 112, p. 17.

¹³ Esto es lo que afirma, siguiendo a Viñayo, A., “El Colegio Asturiano de Pan y Carbón”, en *Bol. del Instituto de Estudios Asturianos*, n. 20 (1953) p. 7. Cfr. Nogaledo Álvarez S., *El Colegio Menor de “Pan y Carbón, primero de los Colegios Universitarios de Salamanca (1386-1780)*, Universidad de Salamanca 1958, p. 25. En el “Catálogo de colegiales del Colegio Mayor de Oviedo (Siglo XVI)”, publicado por Ana María Carabias Torres, en *Studia Histórica. Historia Moderna*, vol. III, nº 3 (1985), pp. 63-106, sin embargo, no aparece registrado su nombre.

el clérigo Pedro de Bujeda. Sobre la naturaleza y trayectoria de este personaje poco se sabe. Un dato nuevo, que hasta ahora ha pasado desapercibido, el más antiguo del que se tienen noticias, data de 1569. Se trata de una escritura de venta de una haza de tierra sita en la Puerta de Almodóvar, y en las que todos los otorgantes se declaran vecinos de Córdoba, y don Pedro de Bujeda que se adjetiva como "venerable" capellán perpetuo de su Santa Iglesia¹⁴.

En 1577 el Dr. Pedro López, preocupado por el devenir de su colegio instó la aprobación superior, impetrando del papa Gregorio XIII la oportuna bula que sancionara su modelo docente y educativo. Él mismo había dispuesto otra regulación particular por la que se habría de regir y gobernar la vida colegial, texto que serviría posteriormente para la redacción de las Constituciones de 1597, que habrían de perdurar varios siglos. En el año 1588 cuando intentaba conseguir la aprobación regia le sobrevino la muerte, haciendo que el infortunio impidiera que la Universidad de Córdoba naciera hace más de cuatrocientos años, circunstancia que hubiera cambiado el signo y destino de la urbe¹⁵.

El P. Bujeda, patrono vitalicio del Colegio desde el óbito de su fundador, falleció en el año 1596, dejando el instituto en manos de los jesuitas cordobeses como superintendentes¹⁶. Los efectos de su fundación se dejaron sentir durante siglos. Traigo a colación las palabras pronunciadas por el Jefe Superior Político de la Provincia de Córdoba don Leonardo Talens de la Riva en el año 1847, con ocasión de establecerse en el Colegio cordobés de la Asunción el denominado

¹⁴ AHN (Archivo Histórico de la Nobleza), Sección Luque C 123, D. 1: Documentación relativa al pleito mantenido por la partición de los bienes de Luisa de Angulo, entre Gonzalo Fernández de Cañete y María de Argote, su mujer, a favor de Pedro de Bujeda, presbítero, vecino de Córdoba... su fecha en dicha ciudad a 4 de enero de 1569 ante Juan Damas escribano público.

¹⁵ En el patrimonio de la Universidad de Córdoba se contabiliza un busto del Dr. Pedro López de Alba, esculpido por Mateo Inurria, y un lienzo anónimo de su gallarda figura. Una réplica del busto se yergue en el patio central del Instituto Góngora sito en la Plaza de las Tendillas. La ciudad no le ha dedicado aún una calle. La que lleva el nombre de Pedro López lo es en memoria del banquero Pedro López Morales fundador del Gran Teatro. Hora es ya de que se repare el agravio y se haga desaparecer el equívoco debido a la coincidencia del nombre y primer apellido de ambos próceres. Fue el prof. Torres Aguilar, catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Córdoba, quien propuso en el año 2008 que el antiguo Rectorado llevara el nombre de "Pedro López de Alba". Cfr. Aguilar Gavilán, E., "Edificio Pedro López de Alba", en ABC de 3 de abril de 2008, p. 6.

¹⁶ Cfr. Rey Díaz, J.M., *El colegio cit.*, pp. 41 y ss.

Instituto Provincial de Segunda Enseñanza: "De estas aulas han salido once arzobispos y obispos... más de noventa dignidades y Canónigos, Colegiales Mayores, Ministros Togados y hasta ocho Secretarios del Despacho...y aquí (en Córdoba) se educó el célebre Eneas Sivio después Papa con el nombre de Sixtine II... Estos son los modelos... ved sus sombras que os llaman"¹⁷.

II. EL COLEGIO DE SANTIAGO DE GRANADA

Este instituto docente fue fundado en 1649 con el patrimonio del licenciado don Diego de Ribera, abogado de los Reales Consejos en la Chancillería de Granada¹⁸. Era hijo de García Sánchez de Rivera, que trasladó su residencia de Córdoba a Granada en la segunda mitad del siglo XVI y nieto de Luis Sánchez de Ribera "de la çepa de los Ribera, principales de la dicha ciudad de Cordova". Su padre había casado en Granada en primeras nupcias con doña María de Ribas, de la que hubo tres hijos, Luis, Baltasar y Diego, y en segundas nupcias desposó a doña Leonor de Padilla, de la que tuvo dos hijos, doña María de Padilla y doña Leonor de Ribera¹⁹.

¹⁷ Discurso pronunciado en la instalación del Instituto Provincial de Segunda Enseñanza, establecido en el Colegio de la Asunción de la ciudad de Córdoba en 23 de mayo de 1847 por el Ilmo. Sr. D. Leonardo Taléns, Gefe Superior Político de la Provincia, Córdoba, 1847, p. 6.

¹⁸ Sobre su bibliografía, cfr. Cfr. Martínez Lumbreras, F., *Una fundación granadina. Historia del Real Colegio de S. Bartolomé y Santiago*, Granada 1915 (2ª ed.); Galzusta López, M., *El Colegio Mayor de San Bartolomé y Santiago*, Universidad de Granada, Granada, 1950; Orozco Díaz, E., *El Colegio Mayor de San Bartolomé y Santiago*, Universidad de Granada, Granada, 1950; Osorio Pérez, Mª J., *Los colegiales de San Bartolomé y Santiago (1750-1800)*, Granada 1974 (Memoria de Licenciatura inédita); *Historia del Real Colegio de San Bartolomé y Santiago*, Universidad de Granada, Granada, 1987; *Constituciones del Colegio de Santiago de Granada*, edición y estudio (facsimilar de las Constituciones redactadas por Don Pedro de Fonseca (1643-1649), Palomeque Torres, A., "Estampas del Colegio Mayor granadino de San Bartolomé y Santiago durante el curso 1771-1772", en *Boletín de la Universidad de Granada*, 1953, pp. 59-69; Sánchez-Montes González, F., "Estudiantes norteafricanos en el Colegio Mayor San Bartolomé y Santiago de Granada", en *Akros: Revista de Patrimonio*, nº 12, pp. 15-22; Torres Campos, M., "El Real Colegio de San Bartolomé y Santiago", en *Rev. Contemporánea*, Granada 1892 (enero-marzo). En 1702 se refundió con el denominado de San Bartolomé, fundado por don Bartolomé Veneroso. Desde entonces se conoció como Colegio Mayor de San Bartolomé y Santiago.

¹⁹ Cfr. Osorio Pérez, Mª J., *Historia del Real Colegio* cit., pp. 24 y ss.

Por lo que respecta a nuestro personaje don Diego de Ribera y Ribas se sabe que contrajo matrimonio en Granada en 1578 con doña María de Castellón y Carvajal, hija de Pedro Castellón, escribano mayor del Cabildo de dicha ciudad, y doña María Ruiz Carvajal, y que tuvo por hijos a doña María, don García, don Diego, don Jerónimo, don Pedro y don Francisco²⁰. Don Diego, el tercer hijo del primer matrimonio de su padre debió nacer, por tanto, en Granada a mediados del siglo XVI. Se presume que cursó su carrera en el Colegio Mayor de Oviedo de la Universidad de Salamanca²¹, en donde se licenció. En los varios testamento y codicilos que otorgó dio cuenta de su deseo de fundar un colegio que habría de radicarse en Salamanca²² bajo la advocación del glorioso Patrón de España apóstol Santiago, pero sus herederos lograron que el colegio tuviera su sede en Granada. Dos de los hijos del fundador fueron de la opinión de que si viviese su padre, una vez que la Compañía de Jesús había instituido estudios de Artes y Teología en Granada, hubiera mandado que el Colegio se fundase en esta ciudad, como así sucedió. El arzobispo de Granada asintió esta resolución, siempre que de los canonistas más aventajados se eligiesen dos que fuesen a Salamanca a cursar los tres últimos cursos de sus estudios, a costa del Colegio, que comenzó su periplo vital en el año 1649, una vez concluyeron varios pleitos suscitados por los pretendientes a heredar el mayorazgo que había instituido en su testamento²³.

Don Diego falleció en 1614. En el testamento otorgado en Granada el 18 de abril de 1611 ante Rodrigo de Tapia, escribano del Rey y mayor del cabildo de la ciudad, lo había dispuesto para que se "criasen en letras y virtud estudiantes pobres deudos suyos y otros de la dha Ciudad y de las demás de España, para que andando el tiempo y saliendo aventajados en las facultades que estudiasen pudiesen ser ministros aptos de la Iglesia y Republica Christiana"²⁴. Encargó para

²⁰ Cfr. Vázquez Cano, A.A., "La familia del licenciado Diego de Ribera, fundador del Colegio de Santiago", en *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino*, Granada, 1916, VI, pp. 53-67, esp. 61 ss.

²¹ Sobre este Colegio cfr. *Sumario y breve noticia de la fundación del Colegio de San Salvador de Oviedo, Mayor de la Universidad de Salamanca*, BN, Ms. 10878, s/n y s/f.

²² Martínez Lumbreras, F., *Una fundación* cit., p. 21, y Osorio, M^a J., *Historia del Real Colegio* cit., pp. 33-36.

²³ Cfr. Osorio Pérez, M^a J., *Historia del Real Colegio* cit., p. 19.

²⁴ Después de haber otorgado el referido testamento, lo corrigió y complementó con cuatro codicilos de fecha 7,8,9 y 10 de marzo de 1614. Cfr. Osorio Pérez, M^a J., *Historia del Real Colegio* cit., pp. 31 y 32.

ello a don Juan de Frías Mesia, del Consejo de S. M. y oidor de la Real Chancillería, ordenó que se pagasen varias obras pías con su hacienda y mandó asimismo que del remanente se eligieran a los estudiantes que cómodamente se pudieren sustentar en la Universidad de Salamanca “en una casa a modo de colegio”, gobernada por una persona que fuere nombrada por los patronos de acuerdo con un Memorial que elevaron al arzobispo de Granada. “En virtud desta licencia y conmutación –prosigue el Memorial– se fundó el dicho Colegio, y se hizieron las Constituciones del, sacando las más dellas de las que tiene el Colegio de la Assumpçion de Cordoua, que fundó la buena memoria del Doctor Pedro Lopez, Medico del señor Emperador. Las quales constituciones están aprobadas por Bula plomada de la Santidad del Papa Gregorio XIII, de felice recordación. Por las quales constituciones se a gouernado aquel Colegio por mas de setenta años, y de el an salido hombres muy eminentes”²⁵.

III. EL COMPONENTE SUBJETIVO

Sintetizando y sistematizando la variopinta normativa dada por los fundadores el doctor Pedro López y el licenciado Diego de Ribera, y sus sucesores para el funcionamiento de ambas instituciones y de forma reasuntiva²⁶ podemos distinguir, en primer lugar, los elementos subjetivos cuya elección y funcionalidad se regulan escrupulosamente.

En este escenario destacan las figuras del patrono o superintendente, el rector, los consiliarios, el mayordomo, el receptor y los criados. Con el tiempo esta

²⁵ *Memorial del Padre Francisco de Ribera, Rector de el Colegio de la Compañía de Iesus de Granada y Patrón de el Colegio de Santiago, sito en ella, para el Illustrísimo Cabido desta Nobilísima Ciudad*, en volumen facticio de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, tomo 3º, pp. 481 y ss.

²⁶ Cfr. Aranda Doncel, J. “Instituciones educativas andaluzas en el Antiguo Régimen” cit., pp. 15-22; Osorio Pérez, M^a J., *Historia del Real Colegio* cit., pp. 33-44; Calero Palacios, M^a J., *La enseñanza y educación en Granada bajo los Reyes Austrias*, Diputación Provincial, Granada, 1978, pp. 185-186; “La enseñanza en Andalucía (siglos XVI y XVII). Estado de la cuestión y perspectivas de Investigación”, en *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino*, nº 5, Segunda Época, 1991, pp. 89-110, y *Constituciones del Colegio de Santiago de Granada*. Edición y Estudio facsímil de las Constituciones redactadas por Don Pedro de Fonseca (1643-1649), Granada, 1993. En particular, he consultado los textos originales de las Constituciones del Colegio de la Asunción (traslado de las Reglas últimas de 1588), y las Constituciones del Colegio de San Bartolomé y Santiago de Granada de 1702, 1771, 1772 y 1774.

plantilla, por denominarla con terminología actual, se amplía con los presidentes de conferencias, el administrador, los bedeles, el despensero, el cocinero, el galopín, la lavandera, el médico, el cirujano, el barbero, el boticario, el fontanero y el refistolero, entre otros. En cuanto a los bedeles se expresa que serán ocho, tres de filosofía, tres de leyes, uno de teología y otro de cánones. Serán elegidos entre los más hábiles en sus respectivas facultades con obligación de tocar a clase, avisar la hora a los presidentes para la lección, etc.

Entre todos destacan los presidentes de conferencias que son como catedráticos domésticos encargados de presidir y dirigir los ejercicios llamados de repetición y disputa dialéctica. "Deben ser personas de cuya habilidad, virtud y letras se tenga mucha satisfacción, obligados de participar al rector si los sometidos a tales pruebas andan flojos o negligentes en sus estudios sin dar buena cuenta de sus lecciones, para que el rector ponga en ello el conveniente remedio".

Los consiliarios, elegidos por el patrono y por el rector, habrán de ser de los colegiales más antiguos y del mejor seso y prudencia, debiendo guardar muy en secreto las consultas que se les hicieren, porque de lo contrario en comunidad se producirían graves inconvenientes de muy difícil remedio.

Como dependientes, sirvientes o subordinados, hoy se dirían subalternos, aparecen los porteros, encargados de celar o reconocer a quienes se acercan a las puertas, y enterarse de lo que pidan o soliciten e impedir que los criados salgan al exterior con cosas de valor que sustrajeran o comestibles, así como evitar la entrada a demandantes, quinquilleros, vagamundos y otras personas entregadas a la ociosidad, y en ningún caso a mujer alguna.

Como personal dependiente de la dirección está el cocinero y el galopín o ayudante –hoy se le llamaría pinche– encargado de condimentar las raciones, aplicando particular cuidado en sazonar las viandas, sobre todo las que hubieran de servir a los enfermos.

Para el servicio del colegio se contabilizan varios mozos, encargados de asear los cuartos, llevarle el agua a los colegiales y hacerles diariamente la cama y también el mozo del correo, carcelero, enfermero, mozo de luces y mozo de correo. Éste traerá las cartas y las entregará al rector, quien después de coger las suyas se las devolverá para repartirlas a sus destinatarios y asimismo pedirá las que se

hayan respondido o escrito, tomando las últimas las del rector, al que le mostrará todas las que recogiere y echarlas al correo.

A todos estos sujetos se les engloba en el grupo de los oficiales, nombrados a gusto y parecer del rector, pues teniendo que servirse de ellos para administrar el colegio, es justo que sea a su gusto para que le tengan la debida subordinación.

IV. EL RECTOR

Es el rector del colegio, pues, la figura clave y esencial del organigrama colegial. Las Constituciones reconocen que el rector del colegio es como el alma que pone todo en movimiento y preside todo. Su designación corre a cargo del patrono. Ha de ser varón prudente y de buena vida, ejemplo y celo, y si puede ser graduado en artes y teología, mejor. Ha de ser –dice la normativa– un hombre desinteresado con espíritu de gobierno, juicio sólido, carácter sociable, prudencia no detenida, circunspección no afectada, que se haga temer y se haga amar, lo primero sin una severidad irritante, lo segundo sin una dulzura excesiva, de modo que con su prudente temperamento sepa hermanar una fuerza que contenga a los jóvenes sin exasperarlos y una dulzura que los gane sin ablandarlos. Y añade: que no tenga en sí vicios, ni los tolere en los otros, que no sea colérico, ni contumelioso, pero que tampoco cierre los ojos a las faltas que merecieren atención, y finalmente que lo vea todo, disimule mucho y castigue poco. Regla de oro.

Entre los deberes específicos del rector se colacionan los de cobrar las rentas del colegio, aumentar su hacienda, vender los frutos de las posesiones o conmutarlos. En este sentido tendrá cuidado de hacer las provisiones que fueren necesarias de trigo, aceite, vino, pescado, leña, carbón, frutos secos, etc. que compradas a sus tiempos son mejores y salen más baratas.

También tendrá a su cargo repartir los aposentos, mantos y becas, distribuir los oficios semanales, mensuales o anuales, proveer los nombramientos de oficiales, custodiar los libros y documentos del colegio en un archivo y dar e imponer penitencias y castigos. Estos de ordinario serán quitar el ante o el postre, el almuerzo, la comida o la cena, ordenar que se coma de pie, de rodillas o sentado en el suelo, y reprehender a cada uno en público las faltas que hubiere cometido

para que los demás no caigan en ellas. Visitará asimismo los aposentos de los colegiales varias veces al mes, no solo en tiempos de estudio, para comprobar si los ocupan bien o se entretienen en otros estudios, sino también cuando los colegiales estén ausentes para ver si tienen en sus celdas cosas que no convengan o desdigan de la perfección de estudiantes cuerdos, tales como naipes, libros de comedias o indecentes, o armas de cualquier género. También cuidará de que los colegiales se confiesen cada quince días y por lo menos cada mes les pedirá cédula de confesión para comprobarlo. Si el colegial no lo hiciere la primera vez lo reprenderá con alguna penitencia y la segunda no le dará de comer hasta que se confiese y la traiga. Prohibirá finalmente el uso del tabaco de humo por ser práctica contraria a la buena crianza y nociva a la salud.

Entre los deberes del rector destacan los de igualdad de afecto a todos los colegiales, sin especializarse con alguno a no ser que sea sobresaliente su mérito y aplicación, conciliando el amor, el temor y el respeto, dando la miel –se dice gráficamente– y rara vez el aguijón, porque trata con jóvenes y no con niños de escuela. En el trato franco con los colegiales ha de procurar mostrarse seriamente afable y afablemente grave, de suerte que ni con la mucha afabilidad le pierdan el respeto, ni la demasiada seriedad les retraiga, porque ninguna cosa irrita más los ánimos y está más expuesta a disensiones en una comunidad de gente moza. En suma: deberá mandar absoluto.

En contraprestación, y como derechos, se le reconoce al rector un sueldo de cuatro mil reales, la ración de comida que corresponda a tres colegiales, con algún plato más de fruta, cuartillo y medio diario de vino, aceite necesario para su cuarto y el de su criado y en la estación de invierno carbón. Tendrá derecho a tinta y papel, se le pagará el correo y se le asistirá de médico, cirujano, boticario y barbero.

V. LOS COLEGIALES

Examinemos ahora el estatuto de los que constituyen el gran núcleo de la comunidad colegial, es decir, de los colegiales.

Su ingreso procedía previa realización de un examen consistente en leer romance y latín. Se decía: “que sean buenos lectores y en latinidad que sean

buenos latinos para entrar en casa”, porque el propio fundador había dejado dispuesto que los colegiales se esforzaren en hablar entre ellos expresándose en latín. “Se tendrá mucho cuidado –se agregaba– que los estudiantes que se recibieren sea sin ningún favor, ni causa de amistad, parentesco o afección, de manera que no se le niegue al digno”. Eso sí se recibirán con aprobación de seis meses para comprobar en este tiempo su habilidad, pobreza y virtud, de forma que si pasado el primer año no se le hallare aprovechado se le despida. En cuanto a la edad se dispone que los estudiantes que hubieren de ser admitidos fueran de quince años para arriba a veintidós.

También se les exigía a los nuevos estudiantes la limpieza de linaje, sin raza, ni mancha de judíos o moros. No estaba permitido el ingreso de los estudiantes ordenados de orden sacro, porque se argüía que la obligación que tienen de rezar las horas canónicas es un impedimento para el estudio. Tampoco se podría admitir al estudiante arrepentido, es decir al que hubiere sido expulsado de alguna orden religiosa, porque al mostrar ánimo tan inconstante en su primera vocación no lo tendrían por digno en el colegio. Quedaban asimismo excluidos los porcionistas, es decir los que quisieran ser colegiales pagando dinero o prometiendo bienes increíbles, los retraídos o escondidos de la justicia, los que tuviesen bubas, lepra o enfermedades contagiosas, los de vida estragada o viciosa, porque “aunque la divina gracia suele mudarlos y hacerlos algunas veces virtuosos, lo más ordinario y común es que continúen con las malas costumbres en que se han criado, y puedan pervertir a los demás con su mal ejemplo”.

En cuanto al número de colegiales las previsiones fueron explícitas. La horquilla del número se estableció en las constituciones cordobesas de 1597 entre 15 y 100 colegiales, pero ello dependiendo del número de aposentos y asientos en el refectorio.

A todos, sin excepción alguna, se les impone la carga de traer consigo una cama razonable de uno o dos colchones, cuatro sábanas, dos frezadas, un cobertor de paño, un par de camisas por lo menos, arca, mesa, silla y candil y los libros de Aristóteles, Santo Tomás y un Concilio de Trento, según su facultad, porque sin ellos no podrían cómodamente estudiar.

Una vez ingresados los nuevos colegiales y superadas las prácticas usuales de los vejámenes o novatadas, todos deberán observar una excelente conducta y

aprovechamiento. En algunos casos y tras la investidura de la beca, acto solemne de sometimiento formal a las Constituciones, se celebraba un “decente y no muy costoso refresco a expensas de las propinas con que contribuirán los colegiales ingresados”.

A principios de curso el rector procederá a elegir los oficios de los colegiales (bedeles, capilleres²⁷, sacristán, bibliotecario, etc.), y a partir de ese momento toda la actividad se desarrolla de manera muy reglada. Lo que a una comunidad, mayormente de jóvenes, le mantiene en buen orden –se dice en las Constituciones– es la sucesión de una tarea a otra. El agua que se estanca se corrompe y es dañosa, pero la que corre se trabaja y purifica y es provechosa. Jamás debe estar ocioso un colegial, y aún el mismo ocio que se la da por descanso es tarea como acto de comunidad. En este sentido se dispone que desde primero de octubre se llame a levantar con la campana del refectorio a las cinco y media de la madrugada. Uno de los colegiales pasará por las habitaciones dando luz para que se levanten quienes se encuentren en ellas, operación que se repetirá un cuarto de hora después y dando aviso al rector de los que no encontrare vestidos. A las seis de la mañana se volverá a tocar para que con puntualidad todos acudan a la capilla. Ya dentro de ella se cantará algún himno, se rezará alguna oración y el que hubiese sido designado leerá durante otro cuarto de hora en voz alta y despacio algún libro espiritual, por lo común de fray Luis de Granada, Juan de Ávila o Francisco Arias. Durante otro cuarto de hora todos se pondrán en acción vocal o mental. A continuación oirán misa, a cuyo término se dirá un responso “pro fundatore” o “pro benefactoribus”.

Acto seguido se acudirá al refectorio o comedor para almorzar (entiéndase, desayunar), e inmediatamente se recogerán todos en sus aposentos para estudiar hasta que sean llamados nuevamente por los bedeles a lección.

Convocados por estos se recogerán los colegiales en la portería, con el manto y la beca, y saldrán de dos en dos para las Escuelas, cada uno con el compañero que tuviere señalado. Acabada la última lección se detendrán en el patio un cuarto de hora repasando la lección con el compañero, si no es que

²⁷ Su obligación será tener bien aseada la capilla, barriéndola todas las semanas y bien limpios lo velones, prevenirla para los actos literarios o de religión, tocar a misa y a rosario, toma de becas y reprensiones públicas.

alguno quiera preguntar algo al Maestro, para acto seguido retornar al Colegio y recogerse en la librería (biblioteca) hasta la hora de la comida.

Las Constituciones prescriben que en invierno se taña a comer a las once de la mañana. La presencia del colegial en el refectorio constituye todo un ritual. Precederá el lavamanos en el aguamanil de la entrada. Aunque en los actos de comunidad, por lo general, los colegiales se sientan según su antigüedad, de mayor a menor, en cambio en el refectorio no se guardará este orden para no obligar a que entren o salgan por debajo de las mesas. Procederá acto seguido a bendecir y dar gracias según el breviario romano. Los que se retrasen se hincarán de rodillas hasta que el rector les autorice a sentarse. Conformado el lugar de esta manera, todos, como corresponde, estarán con mucha modestia y silencio “los ojos bajos, los pies y manos bien compuestos, no recostados los codos sobre las mesas, ni puesto un pie sobre otro, para comer muy “aprieta”, o haciendo mucho ruido con la cuchara o el cuchillo”. “No se echarán de pechos sobre las mesas –advierten las Constituciones– y cuando alguno quiera beber reparará en su banda si está bebiendo otro, y hasta que éste no acabe no beberá él, y cuando beba no levantará tanto la jarra o el vaso que ponga los ojos en el techo. El cubierto –continúa– no lo tendrán esparcido, sino recogido a su derecha y el pan a la izquierda. Queda prohibido sacudirse la mano en el plato, escupir por encima de la mesa, hacer cosa que sea ofensiva o cause asco a los demás, como limpiarse las narices en la servilleta o manteles o meter la mano en la escudilla”.

Es variado el régimen alimenticio en desayuno, comida y cena. Para su surtido será muy útil que el Colegio tenga rebaño de corderos. De ordinario la comida de mediodía consistirá en un panete, tercera parte de hogaza del mismo peso, ocho onzas de carnero, tocino con garbanzos, verduras correspondientes y por postre fruta fresca o seca. Los jueves que no haya clase y los días feriados se les distribuirá además un principio de seis onzas de cordero bien condimentado, chanfaina y despojos de los cerdos u otro plato de elevado costo. Los días llamados clásicos (Corpus, Ascensión, etc.) un principio de ave, jamón o ternera y un plato de fruta del tiempo como granada o china sin perjuicio del postre ordinario. Los días superclásicos (Asunción, Inmaculada) otro principio de carne o equivalente. Todo ello regado con una ración de vino generoso de las cosechas de la casa. Por la noche un panete de cuatro en hogaza, un platillo de ensalada cruda o cocida, seis onzas de carnero y algún postre de fruta ligera. Si

fueren días de pescado, es decir de abstinencia, otra tanta cantidad de pescado a la mañana, o tres huevos y a la noche dos huevos más. Si fuere día de ayuno a medio día se le añadirá un platillo con algunas yerbas guisadas. Por la mañana como desayuno un cuarterón de pan con fruta seca o verde, y por la tarde a los más pequeños algo de merienda.

A la mesa y mientras que durare la comida, habrá siempre lección, y el que hubiere de leer la llevará prevenida. Cuando el rector hubiere acabado de comer levantará la servilleta para doblarla, lo que harán igualmente los colegiales, limpiando de migajas los asientos. Se darán gracias y el rector saldrá el primero sin cubrirse, dirigiéndose a la capilla, y por su orden los demás, en donde cada uno rezará una cosa breve y colocándose igualmente detrás del rector.

Durante una hora, es decir hasta las doce y media, se entretendrán todos en el lugar que se designe al efecto, en buena conversación sin tratar de prójimos, ni de guerras, ni de vanidades, excusando igualmente las voces, porfías, risas, palabras picantes y murmuraciones, porque dañan mucho, advirtiéndose que el rector corregirá con reprehensiones las faltas que observare. Después de la hora señalada se tañerá a silencio y todos se recogerán en sus aposentos o en la librería hasta las una y media en que nuevamente se dispondrán a estudiar. Hasta ese momento no convendrá que estudien y si lo hacen puede dañársele a salud o quebrársele la cabeza, más que adelantar en las letras.

Por la tarde la dedicarán los colegiales a actividades académicas, devocionales o de recreo. Los profesores del Colegio presidirán las conferencias sobre las materias oídas durante la mañana. Se formularán las pertinentes proposiciones y se argüirá sobre ellas durante una hora o media. Los colegiales deben aventajarse mucho en los estudios, "porque hermanados estos con la virtud y buen ejemplo de vida y guarda de los mandamientos divinos consigan de su divina majestad copiosa gracia para salir eminentes en ellos". Las continuas pruebas de su aprovechamiento sirven de control. Fuera del examen que han de hacer todos para ser admitidos en el Colegio se han de examinar cada año de la facultad que hubieren oído y los que no aprovecharen y perdieren el tiempo malgastando las rentas del establecimiento "no es justo que sin fruto ocupen el lugar que otros podrían ocupar con fruto y utilidad de la República cristiana".

VI. LAS PRUEBAS ACADÉMICAS Y OTROS COMPORTAMIENTOS. DERECHOS, OBLIGACIONES Y SANCIONES

Las pruebas tienen lugar en el Colegio, previa constitución de un tribunal mixto compuesto por profesores de los centros en los que se oyen las lecciones y otros del propio Colegio.

Las calificaciones son expresivas del grado de conocimiento del examinado. Para pasar curso se requiere que el colegial "excedit mediocritatem ingenii et sufficientiam". Si el tribunal estuviere compuesto por cinco miembros y dos de los jueces opinan que "attingit" y otros dos que "non attingit", y el último "dubitat an attingit", podrá atenderse el juicio, advirtiéndole que en el próximo examen procure dar mayor satisfacción. O sea, suspenso. Si, en cambio, la mayor parte de los votos se decantaren porque "non attingit mediocritatem", el colegial será expulsado, pues no siendo siquiera mediano estudiante no podrá cumplir con el fin para el que se instituyó el Colegio "por más pariente que sea del fundador". Más avanzado el tiempo se cambia el sistema de calificación de las pruebas, siendo de mayor a menor las evaluaciones así: "Excedit primo loco cum nota speciali", "primo loco cum nota", "secundo loco cum nota", "secundo loco sine nota", "tertio loco", "aliquomodo attingit" y "nullo modo attingit", es decir absolutamente reprobable y reprobado.

Los estudiantes que hayan aprovechado más durante el curso vendrán obligados a defender las conclusiones generales que se celebren entre todos los colegiales de la capital en el Colegio de la Compañía.

Cuando no tuvieran que cumplir obligaciones académicas, por ser días de asueto los estudiantes se entretendrán en algunos ejercicios honestos, o de cantollano, o jugando a los bolos o al herrón. Si alguna vez quisieren jugar al tejo lo hagan en alguna parte a solas. También se les permite que toquen algún instrumento de música decente, aunque sobre este punto se había recomendado que no se tuvieran vihuelas. En otro tiempo, ya más secularizado el Colegio, se permite a los colegiales que tengan incluso un Maestro de danzas a su costa, con base al siguiente razonamiento: "La danza sirve a lo menos a que un joven ande derecho, no tenga movimientos, ni posturas indecorosas, se presente con embarazo no inmodesto, haga una cortesía no afectada, pero no rústica, y no se deje vencer de una negligencia que choque". Y cuando no sea por estas razones,

se les debe permitir esta diversión que los aparten de otros vicios que produciría la concurrencia privada de unos con otros en sus cuartos. No se les permitirá de ningún modo el jugar dineros, pues no dice uno ni otro el estado de estudiantes pobres y honestos que profesan. Con el mismo rigor se han de evitar las burlas, porfías, juegos de manos, triscas y camorras, pues a más de ser diversiones de mala crianza inducen al enojo y a la ira que terminan en riñas e injurias. Si alguna vez de éste u otros principios bastardos se siguiere enemistad o aversión entre algunos, el rector "los pacificará, reprenderá y castigará".

Todo ello está en consonancia con el trato que han de observar entre sí los miembros de la comunidad colegial. El trato entre colegiales debe ser comedido y cortesano –se dice– y sin embargo de cualquiera confianza que se tengan no se han de tratar de "tú", ni de "vos", sino de "su merced", ni mucho menos ponerse apodos, pues todo ello es indicio de mala crianza y porte de rusticidad plebeya.

La normativa sobre corrección y tratamiento de los colegiales es extremada en grado sumo, tanto en el Colegio como fuera de él. Encontrándose algún colegial con el rector aquél se detendrá y pondrá en ceremonia con el bonete delante del pecho hasta que pase. Todo colegial sea antiguo o moderno estará también de ceremonia delante de cualquier persona de mayor respeto, y si se sientan porque se lo permitan, no andará moviendo las sillas, ni los pies, ni rascándose la cabeza, ni hablando con las manos metiéndolas por los ojos, ni teniendo una pierna sobre la otra, ni manifestando posturas indecentes. También cuando se nombrare al señor fundador han de ser obligados a descubrir la cabeza y hacer las demás reverencias y cortesías que se usan con los fundadores, conforme a la loable costumbre de los Colegios Mayores de España.

El catálogo de las obligaciones y prohibiciones, como garantía de la pacífica convivencia colegial, es muy amplio. Ninguno tendrá pájaros enjaulados, ni perrillos, ni otras cosas que diviertan del estudio en sus habitaciones y causen ruido en la comunidad. No podrán traer consigo ni tener en sus cuartos espadas, cuchillos, pistolas ni otro género distinto que el cuchillo común del cubierto y la navaja de las plumas. Si algún colegial trajere armas cuando ingresare en el Colegio se las dará al rector para que las guarde. Tampoco tendrán libros profanos, ni amatorios que les puedan distraer de sus estudios. Ni braseros que podrían originar incendios.

El porte que han de observar en la calle habrá de ser comedido. No irán muy de prisa ni demasadamente despacio, ni volverán ligeramente la cabeza hacia atrás, ni a un lado, ni a otro. Los ojos llevarán bien compuestos y no los levantarán a las ventanas. No irá parlando alto el uno con el otro, ni riendo descomposadamente. No se han de parar en la calle a ver ninguna cosa y mucho menos llegar a alguna tienda a comprar, pues todo ello desdice de la gravedad del Colegio. Han de excusarse atravesar calles o plazas y hablar con mujeres de mal porte o sospechosas, ni pasar muchas veces por una misma calle, tanto que se hagan reparables, ni entren en las casas, ni vayan a fiestas de toros, bodas o comedias de farsantes, ni otros concursos o fiestas mundanas, aunque sean de parientes, salvo de hermana huérfana, ni al río a nadar, salvo por prescripción médica, ni a la plaza en donde se celebra el mercado, porque acontece haber cosas deshonestas de mujeres, y porque no compren golosinas sin provecho para comerlas a escondidas. Y mucho menos se consientan que se pierdan cuando vayan a las iglesias o al cementerio, porque hacerse perdedizos es cosa de mal ejemplo, indecente y digna de castigo. Por ello es bueno que antes de entrar en estos lugares en donde hubiere mucha gente se concierten en qué parte se hallarán después de perdidos.

Igualmente es severo el catálogo de las penas. Todos estén dispuestos –advierten las Constituciones– para ser reprehendidos y castigados por sus faltas. Los “delitos” como las “sanciones” son muy varadas. Sirva como ejemplo de unos y otras el siguiente: “Si algún colegial dejado de la mano de Dios (lo que S.M. no permita) tuviere el atrevimiento de violar por la noche la clausura, por la primera vez que tal delito cometa sea encarcelado por un mes, si reincidiere se le recluya por dos meses, ayunando a pan y agua tres días a la semana, y a la tercera recaída sea irremisiblemente despedido”.

La regulación de las licencias, permisos y vacaciones es también muy comedida, como otros variados aspectos de la vida colegial, tales como las funciones, principalmente la del aniversario de los fundadores, santos apóstoles titulares y Concepción Purísima de Nuestra Señora. Así como la concesión de premios, tales como elogios en público, vítores con figuras simbólicas y versos, grados de antigüedad y preferencia de resulta de los exámenes según sus aprobaciones, becas de propiedad, si dijo bien la lección en el pulpillo, dispensándoles de actos de comunidad, o dándoles una salida o que no madruguen una o dos mañanas. Se establece que el colegial no abandone el colegio hasta el mes de

agosto, aún después de haberse terminadas las lecciones. Dos días a la semana barrarán la casa con las escobas que tendrán en sus celdas, y una vez al mes quitarán las telarañas de los techos. Queda terminantemente prohibido entrar en la cocina y dormir más de uno en una celda, y en cuanto a dormir dos en una misma cama –se dice– no se puede permitir en ningún tiempo ni ocasión, ni por razón del frío, ni por falta de ropa.

Lo que sí se regula con mucha precisión es el aspecto exterior de los colegiales. Se les prohíbe que lleven ropas de seda, muslos profanos, zapatos acuchillados, borceguíes, lechuguillas, chinelas en el cuello u otras cosas vanas. La ropa interior debe ser modesta, decente y limpia, de paño negro o de lanilla u otra cualesquiera de tela delgada. Cuando fuere de color ha de ser de los colores más decentes y que no desdiga de la modestia de su estado. Las medias negras, las ligas sin puntas ni otras curiosidades. El hábito que han de llevar fuera de casa ha de ser de buriel oscuro, sin mangas y una beca de las más baratas y más baja calidad cruzada por debajo del pecho, de modo que la vuelta caiga sobre el hombro derecho, echando los cabos de ella a las espaldas. En los brazos han de traer mangas de paño negro y en la cabeza bonete honesto y recogido, nunca sombrero aunque sea para defenderse del agua. El manto y beca han de llegar a un dedo del suelo, pero sin arrastrarlo. En casa llevarán unas sobrerropas de paño pardo de mismo color que el manto y de la forma de los balandranes que usan los colegiales de los Colegios Mayores de Salamanca.

Finalmente, en cuanto al aspecto externo ninguno ha de criar barbas ni bigotes, porque esto no parece bien en estudiantes recogidos y virtuosos. El pelo lo llevarán cortado, como corresponde a clérigos de primeras órdenes, nunca en melena, ni rizado paganamente como acostumbran los estudiantes que se llaman petimetres y cuyo prolijo aseo y estudiado adorno manifiesta en ellos una cabeza vacía y poco apta para las letras.

VII. COROLARIO

Los fundadores de los colegios cordobés y granadino, con una fuerte impronta jesuítica, fueron, sin lugar a dudas, dos “educadores apasionados” como se ha dicho.

Hasta aquí hemos narrado, pues, la realización histórica de las normas que establecieron la actuación pedagógica de unas instituciones colegiales modelo. Como hemos podido comprobar la ordenación legal tiene un gran valor educativo. Se contempla la adaptación de las normas sociales a la vida colegial, pero sobre todo resalta la garantía de la convivencia. Convivencia en el estudio, en el descanso, en el refectorio, en el juego, en los actos literarios y en las devociones espirituales. Convivencia que se convierte en la mayor fuerza educadora del colegio, potenciada por la aportación de experiencias y contraste de ideas. Sobresalen la disciplina, el orden y el respeto. Jamás el arbitrio. Domina la libertad vigilada en la pedagogía que se ha llamado de estímulos finales, por el predominio que en ella tienen como resortes de motivación el honor de los grados mayores y el acicate de las lecturas pública.

En conclusión: en las instituciones cuya estructura hemos examinado se modela a los hombres en una moral austera y exigente, poniendo límite y continencia a las apetencias sensibles. Se madura en los colegiales el sentido de la responsabilidad y se les prepara para desempeñar funciones y empleos de la máxima trascendencia. De las instituciones aquí glosadas fue beneficiaria la juventud escolar del Colegio de la Asunción de Córdoba y del Colegio de Santiago de Granada, en pleno Renacimiento el primero y ambos después en el Barroco. Sus colegiales, gracias a sus maestros y profesores, supieron hermanar razón y fe, instruirse en el humanismo cristiano e impregnar sus almas de las artes y las letras, como última presea de la *Ratio Studiorum*. Revitalizado el método con el humanismo letrado fue posible transformar uno y otro colegio, el cordobés y el granadino, como lugar de residencia en un lugar de cultura, en el que tuvo su asidero la globalidad, la integralidad, la secularidad, el estudio de los clásicos, es decir el humanismo, y la gratuidad, puestas sus miras en tres constantes contundentes: enseñar, saber y crear, principios todos ellos del espíritu jesuítico que los inspiró. Las rentas para su mantenimiento, su forma de organización presidida por la "auctoritas" más que por la "potestas" y su sistema de autogestión hizo posible que sus miembros se adiestraran en el mando y en la obediencia, y todo ello sancionado, es decir, reconocido en el cuerpo constitucional, estatutos y ceremonias, en definitiva su normativa reguladora, garantía de una sana convivencia, adaptado a las necesidades coyunturales de la vida cotidiana y del estudio para formar y preparar para el ejercicio de los cargos religiosos y civiles de la más alta responsabilidad (Sala Balust) en el organigrama burocrático de la administración de la España Moderna (Carabias).

* * * * *

Hoy este sustrato pertenece al género de la memoria fósil y periclitada, experiencia peregrina que hemos querido revitalizar y recordar para solaz y regocijo del buen y leal amigo, el Prof. Martín Ostos, a quien se le homenajea justamente con motivo de su merecida jubilación.

LA PRUEBA EN EL PROCESO DE CONSUMO: LAS FACULTADES DEL JUEZ Y LAS NORMAS DE PRUEBA COMO MECANISMO DE IGUALDAD DE LAS PARTES¹

Vicente Pérez Daudí

Catedrático de Derecho Procesal (Universitat de Barcelona)

Sumario: I. EL CONSUMIDOR, EL ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO Y LOS EFECTOS PROCESALES. II. LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE OFICIO. 1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. La práctica de prueba de oficio en el proceso español. 3. La incidencia en las normas de carga de la prueba. III. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. ENTRE LAS PRESUNCIONES Y LA CARGA DE LA PRUEBA. LOS CRITERIOS APARENTEMENTE CONTRADICTORIOS EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. 1. El artículo 5.3 de la Directiva 1999/44/CE. 2. El artículo 4 de la Directiva 85/474/CEE, de 25 de julio. A) La normativa comunitaria y la sentencia del TJUE de 21 de junio de 2017. B) La trasposición del artículo 4 de la Directiva 85/474/CEE, de 25 de julio, al derecho español y su interpretación. C) La desigualdad en la protección del consumidor.

I. EL CONSUMIDOR, EL ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO Y LOS EFECTOS PROCESALES

Cuando la doctrina se enfrenta al concepto de orden público manifiesta con carácter previo la dificultad de definirlo y de identificar su contenido. Esta circunstancia ha motivado que en el ámbito de cada disciplina se haya delimitado con un objeto y una estructura diferente². En el caso del derecho comunitario

¹ Este trabajo se realiza en el ámbito del proyecto de investigación Préstamos hipotecarios, consumidores, mediación obligatoria y online dispute resolution (DER 2015-636940-P) del Ministerio de Economía y Competitividad y de la Cátedra Manuel Serra Domínguez de la Universitat de Barcelona.

² PICAL, L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, Paris, 2001, p. 10.

no hay ningún texto legal que lo defina. PICHERAL afirma que el calificativo de europeo añade complejidad³.

El concepto de orden publico comunitario que utilizaré es el de la Europa Institucional⁴. Es decir, el que se identifica con los principios esenciales de la Unión Europea. Actualmente es verdad que el orden público económico es el punto de partida del concepto desde el punto de vista comunitario. Pero hay que tener en cuenta que actualmente el contenido se ha ampliado por la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del Tratado de Ámsterdam que prevé en el artículo 2 los objetivos de la Unión Europea en el logro de los fines. Lo significativo es que se amplía el ámbito objetivo de actuación, lo que generará nuevos criterios esenciales que con el tiempo integrarán el orden público comunitario⁵.

La protección del consumidor integra el concepto de orden público comunitario⁶. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado de forma reiterada su inclusión. El fundamento de esta decisión del TJUE es la garantía de la libre competencia en los Estados de la Unión Europea que se identifica con una igualdad en la protección de los consumidores, ya que en caso contrario las empresas podrían ser perjudicadas por el carácter tuitivo o no de las normas estatales de defensa del consumidor. Es decir, se identifica con el orden público económico y el motivo es que la Unión Europea en su origen lo que pretendía era crear un mercado único entre sus Estados miembros. Es en este contexto en el que debe entenderse la inclusión de las normas de la Unión Europea en el concepto de orden público comunitario.

Una vez identificado las normas de la Unión Europea son imperativas y deben ser aplicadas por los jueces nacionales, que actúan como juez comunitario,

³ Loc. cit.

⁴ Ver ampliamente mi monografía sobre *la protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

⁵ Uno de los ámbitos a los que se extenderá el orden público comunitario será el proceso penal. Ver ampliamente MARTÍN DIZ, "Constitución europea: génesis de una justicia penal comunitaria", en *Constitución europea: aspectos históricos, administrativos y procesales*, Torculo edicions, Santiago de Compostela, 2006, pp. 199 y ss.

⁶ Ver por todas la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 y de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y 94/17.

aplicando los principios de equivalencia y de efectividad del derecho de la Unión Europea.

El TJUE, en algún caso y de forma excepcional, ha declarado que las normas procesales internas no deben ser aplicadas cuando fueran incompatibles con la efectividad del derecho comunitario. Son los supuestos en que la colaboración entre los ordenamientos jurídicos, el comunitario y el nacional, se muestran contrarios. En función de los intereses presentes cede la norma procesal nacional en beneficio de la aplicación del derecho comunitario, si bien es cierto que el TJUE se ha mostrado muy cauto en la imposición de esta doctrina. Una de las materias en las que se ha planteado es la posibilidad de que el Tribunal pueda practicar prueba de oficio para proteger al consumidor, a pesar de que las normas procesales internas no lo prevean.

II. LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE OFICIO

1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Una de las cuestiones sobre las que se ha pronunciado el TJUE ha sido sobre la posibilidad del Tribunal de acordar la práctica de prueba de oficio⁷. En el ámbito de la protección del consumidor y la consideración de norma de orden público comunitario de la directiva 93/13/UE el Tribunal puede apreciar la existencia de cláusulas abusivas en cuanto disponga de los elementos de hecho y de derecho suficientes para ello. El problema que se puede plantear es que las partes no propongan ningún medio de prueba para acreditar este carácter, especialmente cuando el demandado se halla en situación de rebeldía.

En el pf. 56 de la Sentencia Penzugyi Linzing Zrt, C-137/08, de 9 de noviembre de 2010, declara que:

“el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional

⁷ Tal como afirma FERNÁNDEZ SEIJO es una consecuencia lógica de la obligación del Juez de apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva (en La tutela de los consumidores en los procesos judiciales, edit. Bosch, Barcelona, 2017, p. 179).

territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula”.

Posteriormente el TJUE reitera esta doctrina en la Sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto Banif C-618/10, en el que afirma que el Tribunal tiene la obligación de acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

También se ha pronunciado sobre esta posibilidad cuando el objeto del proceso se integra en el ámbito de la competencia, que también integra el concepto de orden público comunitario. Así en la Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto Laboratorios Boiron, C-526/04, afirma en el apartado 57 que “con el objeto de garantizar el cumplimiento del principio de efectividad, el juez nacional, si constata que el hecho de hacer que recaiga sobre un laboratorio farmacéutico como Boiron la carga de la prueba de la existencia de un exceso de compensación en beneficio de los mayoristas distribuidores, y por ende del carácter de ayuda de Estado del gravamen sobre las ventas directas, puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil la aportación de tal prueba, debido en particular a que ésta versa sobre datos de los que dicho laboratorio no puede disponer, está obligado a hacer uso de todos los medios procesales puestos a su disposición por el Derecho nacional, entre los que figura el de ordenar la práctica de las diligencias de prueba necesarias, incluida la aportación por una de las partes o por un tercero de un escrito o documento”⁸.

La doctrina se ha mostrado dividida sobre el alcance de esta obligación. Por un lado, PAZOS GARCÍA afirma que “cuando el juez nacional no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para llevar a cabo el control de contenido, no está obligado a actuar para obtenerlos. Creo que la sentencia Banco Primus recoge esta interpretación. Si el juez nacional estuviese obligado a

⁸ Según CARRATA, con esta previsión “el TJUE quiere que la posición procesal de la parte que se haya beneficiado de la ayuda del Estado ilegal sea más desfavorable en sede procesal que la de la parte contraria” (en “Libertà fondamentali del Trattato dell’Unione Europea e Processo Civile”, Rivista di Diritto Processuale, vol. 70, 2016, número 6, p. 1420).

acordar diligencias de prueba, todas las cláusulas deberían ser objeto de examen desde el primer momento”⁹.

En sentido contrario yo me pronuncié interpretando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obligaba al Juez nacional a practicar prueba de oficio para lograr la convicción sobre los elementos de hecho necesarios para poder resolver si la cláusula examinada era o no abusiva¹⁰. En este mismo sentido ya se había pronunciado GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO¹¹ y SOLER SOLÉ¹². Posteriormente FERNÁNDEZ SEJO, al comentar la Sentencia del TJUE VB Pénzugy Lizing Zrt, de 9 de noviembre de 2010, afirma que “se reconoce por primera vez que los deberes de actuación de oficio del juez se extiende también a la práctica de diligencias judiciales”¹³.

Esta cuestión se ha planteado también en la prueba de la condición de consumidor. La sentencia del TJUE de 4 de junio de 2015, asunto FABER, C-497/13 declara en el pf. 38 que “en el marco de las modalidades procesales de su ordenamiento jurídico interno, para identificar la norma jurídica nacional aplicable, debe proceder a la calificación de los datos jurídicos y fácticos que le hayan sido presentados por las partes, en su caso requiriendo a éstas para que aporten cualquier precisión útil, el juez nacional, en virtud del principio de equivalencia, debe realizar la misma operación para determinar si es aplicable una norma del Derecho de la Unión”.

Para interpretar el contenido de esta sentencia hay que tener presente que, en el derecho holandés, que es el marco en el que se plantea la cuestión prejudicial, el gobierno holandés afirma que el Juez puede requerir a las partes para que

⁹ PAZOS GARCÍA, “un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, número 1, enero-marzo 2017, p. 168.

¹⁰ PÉREZ DAUDÍ, “la protección procesal del consumidor y el orden público comunitario”, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 70 y ss.

¹¹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “el control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, en *Revista de la Unión Europea*, número 26, enero-junio 2014, pp. 318 y 321.

¹² SOLER SOLÉ, “Protección frente a cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios”, edit. 7^a Gen, Barcelona, 2017, pp. 37 y 95.

¹³ FERNÁNDEZ SEJO, “lo que se sabe y lo que no se sabe: la prueba en los procedimientos que afectan a los consumidores”, en *Diario La ley*, 24 de mayo de 2018, p. 2 de la versión digital.

precisen determinadas alegaciones o que presenten determinados documentos (pf. 40 de la sentencia). En este contexto el TJUE aplica el principio de efectividad para aplicar esta previsión (pf. 41) y por ello se limita a este medio probatorio.

Sigue afirmando esta sentencia en el pf. 44 que “las modalidades procesales que, como podría ser el caso en el litigio principal, no permitieran ni al juez de primera instancia ni al de apelación, cuando conocen de una demanda sobre obligaciones de garantía basada en un contrato de compraventa, calificar, conforme a los datos jurídicos y fácticos de los que disponen o de los que pueden disponer mediante un simple requerimiento de aclaración, la relación contractual de que se trate de venta al consumidor, cuando este último no se haya atribuido expresamente esta condición, equivaldrían a imponer al consumidor la obligación de efectuar él mismo, si no quiere verse privado de los derechos que el legislador de la Unión ha querido conferirle a través de la Directiva 1999/44, una calificación jurídica completa de su situación. En un ámbito en el que, en numerosos Estados miembros, las normas procesales permiten a los particulares comparecer por sí mismos ante los tribunales, existiría un riesgo nada desdeñable de que, entre otras razones, por ignorancia, el consumidor no pudiera cumplir una exigencia de tal nivel”.

Finalmente concluye que “El principio de efectividad, por el contrario, exige que el juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva tenga la obligación, siempre que disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración, de comprobar si el comprador puede tener la condición de consumidor, aunque éste no la haya alegado expresamente”.

FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, al comentar esta sentencia, afirma que “nos plantea una nueva perspectiva sobre la carga de la prueba en materia de consumidores, ya que la misma no recaerá únicamente sobre las partes del proceso, sino que el juez de oficio deberá recabar la prueba que considere necesaria para aclarar esta circunstancia, incluso en el supuesto que no se haya planteado ni como controvertido por las partes, si dispone de datos jurídicos o fácticos que apuntan en tal sentido”¹⁴.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, “la prueba de la responsabilidad profesional y el derecho de consumidores”, en la prueba de la responsabilidad profesional, dir. Pico Junoy, Abell Lluç y Pellicer Ortiz, edit. Wolters Kluwer, 2018, pp. 163 y ss.

Por todo ello concluyo que el TJUE ha interpretado que el principio de efectividad del derecho de la Unión obliga al Juez nacional que aplique una norma del Derecho de la Unión a practicar la prueba de oficio para constatar su aplicación o no si se ha vulnerado. Ésta debe realizarse de conformidad con las normas procesales de cada uno de los Estados. En el siguiente apartado analizaré la práctica de la prueba de oficio en el proceso español.

2. La práctica de prueba de oficio en el proceso español

En el derecho español la actividad probatoria de oficio sólo está prevista en el proceso civil en los procesos no dispositivos que se regulan en el capítulo I del Libro IV de la LEC¹⁵. El inciso segundo del artículo 752.1 LEC permite al Tribunal que decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes. Sin embargo, en los procesos civiles ordinarios regulados en el libro II LEC el Tribunal no puede acordarla de oficio¹⁶. Lo que puede hacer es integrar la actividad probatoria de las partes sugiriendo la práctica de algún medio de prueba (incisos segundo y tercero del artículo 429.1 LEC) o acordar la práctica de diligencias finales, que en la práctica tiene carácter excepcional.

El TJUE obliga al juez nacional a practicar pruebas de oficio que considere necesarias para acreditar la concurrencia de una cláusula abusiva. Esta obligación es una consecuencia del carácter imperativo de la norma de orden público comunitario y servirá para facilitarle los instrumentos necesarios para tener a su disposición los elementos de hecho necesarios para que pueda pronunciarse sobre la naturaleza y eficacia de la cláusula.

La obligación del juez nacional se debe integrar a través de la aplicación de las normas procesales nacionales y respetando en todo momento los principios esenciales del proceso, especialmente el principio de audiencia. Los momentos procesales en los que el Tribunal puede proponer la prueba de oficio son:

¹⁵ Ver RAMOS MÉNDEZ, que realiza una defensa de que el Tribunal utilice los instrumentos procesales y de lege ferenda propone una ampliación de las facultades procesales del juez que incluya la proposición de prueba de oficio, calificando de “absurdo que el ordenamiento obligue al Tribunal a fallar en todo caso y que luego le ate las manos, vedándole el uso de las herramientas adecuadas para sacar adelante la verdad de la controversia” (en *Enjuiciamiento Civil*, volumen I, edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 630 y ss.).

¹⁶ Ver ampliamente el análisis que efectúa ABEL LLUCH, en *Derecho Probatorio*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 423 y ss.

- En el juicio ordinario el momento previsto es en el acto de la audiencia previa. Posteriormente lo podrá realizar al inicio del acto del juicio o acordarla como diligencia final. Además, podrá acordarla en cualquier momento procesal, respetando el derecho de audiencia de las partes y su participación en la práctica de la prueba.
- En el juicio verbal el momento previsto legalmente es al inicio del acto del juicio. El inciso primero del artículo 438.4 LEC prevé que éste se celebrará si alguna de las partes lo pide o el Tribunal considera procedente su celebración. De esta forma si debe practicarse cualquier medio de prueba, al margen de la documental que se haya aportado junto con demanda o con contestación, deberá celebrarse el acto del juicio.

En el juicio ordinario también el tribunal también podrá acordar la práctica de la prueba como diligencia final (artículo 435 LEC). En el juicio verbal no existe ninguna previsión similar¹⁷, pero nada impide que el Tribunal pueda proponer la prueba en el acto del juicio y convoque un nuevo día para su práctica aplicando de esta forma analógicamente la regla 4ª del artículo 770 LEC.

Otra cuestión que se plantea es si el Tribunal de apelación podrá proponer la prueba de oficio. Aplicando la doctrina jurisprudencial del TJUE solo hay una respuesta y es que tiene la obligación de practicar prueba, incluso de oficio, cuando se trate de acreditar los elementos de hecho necesarios para aplicar una norma que forma parte del orden público comunitario. El problema es cómo se cumple esta obligación aplicando las normas procesales nacionales cuando no hay ninguna norma del Libro II que lo regule.

No existe ninguna previsión en torno a la práctica de oficio de prueba en segunda instancia en el Libro II de la LEC, que regula los procesos ordinarios. Sin embargo, el artículo 752.3 LEC prevé que en los procesos no dispositivos (título primero del Libro IV) "lo dispuesto en los apartados anteriores (práctica de prueba de oficio) será aplicable asimismo a la segunda instancia". La forma de practicarla es la prevista en los artículos 464 y ss. LEC. Aplicando el principio

¹⁷ La doctrina se muestra dividida sobre esta posibilidad. Ver por todos ABEL LLUCH (en Derecho Probatorio, cit., pp. 340 y ss.). A pesar de las polémicas dogmáticas, en la práctica lo habitual es que los juzgados no la admitan.

de eficacia del derecho comunitario y la doctrina del TJUE que ha permitido la práctica de prueba de oficio cuando se haya vulnerado una norma de orden público comunitario y al existir una laguna legal en la regulación del Libro II de la LEC creo que lo menos perturbador para el proceso es aplicar analógicamente las previsiones del Libro IV en el que sí contempla esta posibilidad.

Otra opción es practicar la prueba como diligencia final. La LEC no lo prevé expresamente, pero tal como indica ABEL LLUCH ha sido admitida por la STS de 16 de mayo de 2007, bajo el argumento de que no existe prohibición en la segunda instancia y que ante la imprevisión legislativa debe prevalecer el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸.

También se puede plantear el alcance de la obligación del Tribunal de practicar la prueba. El artículo 429.1. II y III LEC regula la facultad judicial de integración probatoria. La doctrina ha discutido sobre si es una facultad o un deber¹⁹. En el caso de que se haya producido la infracción de una norma de orden público comunitario el TJUE ya ha declarado que el juez nacional está obligado a practicar prueba de oficio.

Como he indicado el momento procesal oportuno es en la audiencia previa del juicio ordinario y al inicio de la vista del juicio verbal. Sin embargo, el TJUE ha declarado que cuando el juez nacional aprecie la existencia de una infracción de una norma de orden público comunitario no rigen las reglas de preclusión. Por ello se podrá acordar en cualquier momento procesal antes de que se dicte sentencia, respetando los principios de audiencia e igualdad de las partes.

La consecuencia de configurar la actividad probatoria de los elementos de hecho de la infracción de la norma de orden público comunitario como una obligación del Tribunal, es que éste deberá practicar una mínima actividad probatoria. Es decir, si aprecia que puede concurrir la vulneración, deberá acordar la práctica de la prueba que considere pertinente y útil. Sólo cuando ésta se haya practicado estará en condiciones de dictar sentencia.

¹⁸ ABEL LLUCH (op. cit., pp. 423 y ss.) y PICO JUNOY (el juez y la prueba, edit. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 99 y ss.).

¹⁹ ABEL LLUCH, op. cit., pp. 437 y ss.

3. La incidencia en las normas de carga de la prueba

El problema que se puede suscitar es si en el momento de dictar sentencia no ha hecho uso de esta obligación y no se ha practicado prueba alguna y considera que no se han acreditado los elementos de hecho necesario para la apreciación de la vulneración de la norma de orden público comunitario. En este caso el Tribunal no podrá aplicar las normas sobre carga de la prueba previstas en los artículos 217 y ss. LEC si no ha practicado prueba de oficio. Una cuestión distinta es que habiéndolo realizado el resultado de la actividad probatoria no haya acreditado los hechos. En este supuesto estaría en disposición de aplicar las normas legales sobre la carga de la prueba²⁰.

Si el Tribunal pronuncia una sentencia analizando la posible vulneración de una norma de orden público comunitario y afirmase que no se han acreditado los hechos constitutivos de la misma sin haberse practicado una mínima actividad probatoria, nos hallaríamos ante un caso de infracción de una norma de orden público comunitario. En mi opinión el Tribunal habrá dejado de cumplir con una obligación legal en cuanto juez comunitario, que es la de haber acordado la prueba de oficio. Al no realizarlo vulnera esta obligación, lo que implica la infracción del artículo 24 de la Constitución Española y del 46 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. La parte a la que la resolución le sea gravosa podrá alegarlo por la vía de los recursos ordinarios.

Si cabe recurso el defecto se podrá subsanar en el ámbito del recurso de apelación o, en su caso, en el recurso por infracción procesal. La cuestión se plantea en el supuesto en que no quepa recurso alguno. En este caso se podrá plantear un incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme, previsto en el artículo 228 LEC y 241 LOPJ.

²⁰ Tal como indica ESCALER BASCOMPTE, la iniciativa probatoria y la carga de la prueba actúan como vasos comunicantes, afirmando que “cabe afirmar que la actividad probatoria es perfectamente compatible con las reglas de la carga de la prueba” (en *La carga de la prueba*, edit. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 76 y ss.).

III. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. ENTRE LAS PRESUNCIONES Y LA CARGA DE LA PRUEBA. LOS CRITERIOS APARENTEMENTE CONTRADICTORIOS EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1. El artículo 5.3 de la Directiva 1999/44/CE

El legislador de la Unión Europea también ha regulado normas de prueba para lograr una protección más efectiva del consumidor. Así el artículo 5.3 de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo prevé que:

“El consumidor y usuario deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. El incumplimiento de dicho plazo no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, siendo responsable el consumidor y usuario, no obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación.

Salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación del consumidor y usuario ha tenido lugar dentro del plazo establecido”.

La Sentencia Faber, de 4 de junio de 2015, C-497/13, interpreta este precepto en el pf. 54 “esta atenuación de la carga de la prueba en favor del consumidor reposa en la constatación de que, en caso de que la falta de conformidad sólo se manifieste con posterioridad a la fecha de entrega del bien, probar que dicha falta existía puede ser un obstáculo insuperable para el consumidor, mientras que generalmente es mucho más fácil para el profesional demostrar que la falta de conformidad no existía en el momento de la entrega y que es resultado, por ejemplo, de un uso inapropiado por parte del consumidor”.

El pf. 55 de la sentencia citada afirma que “de conformidad con el artículo 7 de la Directiva 1999/44, el reparto de la carga de la prueba que efectúa el artículo 5, apartado 3, de dicha Directiva tiene carácter imperativo para las partes, que no pueden establecer pactos en contrario, como para los Estados miembros que

deben velar por su respeto, de ello resulta que esta regla de carga de la prueba debe aplicarse aunque no haya sido expresamente invocada por el consumidor a quien beneficie”.

Esta directiva fue traspuesta al ordenamiento jurídico español por la ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo. Esta norma de prueba se incorporó en el artículo 9.1 reproduciendo literalmente el art. 5.3 de la Directiva 1999/44/CE.

Esta ley ha sido derogada por la ley 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En esta ley se regula esta norma de prueba en el artículo 123.5, que tiene el mismo texto literal que el artículo 5.3 de la Directiva.

El TJUE califica a esta norma como de carga de la prueba. Yo entiendo que nos hallamos ante una presunción legal *iuris tantum* ya que no regula las consecuencias de la falta de prueba de un hecho, en este caso del momento en que se ha realizado la calificación, sino que le indica al Tribunal que debe entenderse como cierto que la reclamación se ha efectuado en el plazo de dos meses previsto en este precepto para informar al vendedor de la falta de conformidad con el producto²¹.

Al margen de la naturaleza jurídica²² lo cierto es que es un precepto que favorece la posición del consumidor como parte más débil en el contrato y para compensarla procesalmente.

²¹ Ver *infra* apartado 3.3.

²² Es muy sugerente el planteamiento de NIEVA FENOLL que afirma que “en el fondo la carga de la prueba no es más que una presunción mal construida que permite inferir que quien no tiene prueba de un hecho está alegando un hecho falso. La máxima de experiencia que sustenta esa presunción no tiene razón de ser. Muchas veces no quedan pruebas de un hecho, aunque sea cierto” (en “la carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, vol. I, 2018, p. 13).

2. El artículo 4 de la Directiva 85/474/CEE, de 25 de julio

A) La normativa comunitaria y la Sentencia del TJUE de 21 de junio de 2017

Tal como he indicado al inicio de este trabajo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la protección que realiza el legislado comunitario integra el orden público comunitario ya que garantiza la igualdad de competencia de las empresas en todos los Estados de la Unión Europea. Pero la protección del consumidor no es absoluta. En ocasiones cede ante otros intereses concurrentes.

Uno de estos ejemplos es la protección del consumidor ante los productos defectuosos. La regulación unitaria se realiza en la directiva 85/47/CEE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. En su artículo 4 prevé que “el perjudicado deberá probar el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño”.

A priori esta norma es claramente perjudicial para el consumidor perjudicado por el consumo de un producto defectuoso ya que le atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, con la dificultad que puede implicar acreditar el carácter defectuoso de un producto. En algún ordenamiento nacional se ha intentado flexibilizar la aplicación de esta norma de la carga de la prueba estableciendo presunciones *iuris et de iure* para reforzar la posición del consumidor. Este es el caso de Francia donde los Tribunales consideraban acreditado el defecto y la relación de causalidad entre éste y el daño a partir de la concurrencia de una serie de indicios, la Cour de Cassation francesa planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial en la que planteaba la siguiente pregunta: ¿se opone al artículo 4 de la Directiva (85/374), en el sentido de que la prueba, que incumbe al perjudicado, de la existencia de una relación de causalidad entre el defecto atribuido a una vacuna y el daño sufrido por aquél, sólo se entenderá aportada si se demuestra dicha relación de causalidad con arreglo a criterios científicos?

El TJUE resuelve esta cuestión, y otras dos planteadas por la Cour de Cassation francesa, en la Sentencia de 21 de junio de 2017, asunto C-621/15²³. La

²³ Ver el comentario que realiza de esta sentencia SÁNCHEZ LÓPEZ, “Carga de la prueba y estándar mínimo de la prueba por indicios en materia de responsabilidad por los daños ocasionados por un producto farmacéutico defectuoso (a propósito de la STJUE de 21 de junio de 2017)”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2017, vol. 9, número 2, pp. 709 y ss.

respuesta del TJUE es que “el artículo 4 de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen probatorio basado en presunciones según el cual, cuando la investigación médica no ha demostrado ni refutado la existencia de una relación entre la administración de una vacuna y la aparición de la enfermedad de que padece el perjudicado, la existencia de una relación de causalidad entre el defecto que se atribuye a una vacuna y el daño sufrido por el perjudicado se considera en todo caso probada si concurren ciertos indicios fácticos predeterminados de causalidad”.

Para llegar a esta conclusión analiza tanto si las presunciones son *iuris et de iure* o *iuris tantum*. En el primer caso afirma en el pf. 53 que “este tipo de presunción tendría como consecuencia que, aun cuando los hechos así predefinidos no permitieran en un determinado supuesto demostrar con certeza la existencia de tal relación de causalidad, el productor se vería, en tal caso, privado de toda posibilidad de aportar elementos fácticos o de formular alegaciones, por ejemplo, de carácter científico, para intentar destruirla, y el juez se vería así privado de toda posibilidad de apreciar los hechos a la luz de tales elementos o alegaciones. Debido a su automatismo, tal situación no sólo vulneraría el principio establecido en el artículo 4 de la Directiva 85/374, que requiere que la carga de la prueba del defecto y de la relación de causalidad incumba al perjudicado, sino que también podría menoscabar la efectividad misma del régimen de responsabilidad establecido por dicha Directiva. De este modo, el juez se vería obligado a aceptar la existencia de uno de estos tres requisitos, a los que se halla supedita la responsabilidad del productor en virtud de la referida Directiva, sin poder siquiera examinar si los demás elementos de apreciación aportados en el caso concreto de que conoce podrían llevar a la conclusión contraria”.

Si la presunción fuera *iuris tantum* en el pf. 54 afirma que “siempre que los hechos previamente identificados por el legislador o por el órgano jurisdiccional supremo nacional se consideren demostrados, la existencia de una relación de causalidad seguirá presumiéndose de manera automática, de modo que el productor podría verse obligado a destruir dicha presunción para oponerse con éxito a la demanda incluso antes de que el órgano jurisdiccional que conoce del fondo tenga conocimiento de los elementos de apreciación de que dispone el productor y de las alegaciones formuladas por éste. Pues bien, tal y como se ha declarado en el apartado 36 de la presente sentencia, tal situación sería contraria a la carga de la prueba establecida en el artículo 4 de la Directiva 85/374”.

Estas conclusiones perjudican la posición del perjudicado, que será sobre el que recaiga las consecuencias de la falta de prueba del defecto del producto, del daño y de la relación de causalidad. El Tribunal es consciente de ello y lo analiza en la sentencia en el pf. 31, que se remite al punto 45 de las conclusiones del Abogado General. En éstas advertía del riesgo que implica exigir siempre una investigación médica para acreditar el defecto, ya que podía implicar el rechazo sistemático y concluyente de las pretensiones del demandante. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es ambigua. En el pf. 37 afirma que son los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben velar por que los indicios aportados sean sólidos, concretos y concordantes. Sin embargo, en el pf. 38 recuerda que éstos deben garantizar que “no se menoscabe el principio según el cual corresponde al perjudicado demostrar mediante todos los medios de prueba admitidos en manera general en el derecho nacional... la existencia de un defecto en la vacuna y de una relación de casualidad”.

En la respuesta que da el TJUE en la Sentencia de 21 de junio de 2017, declara en el pf. 43 que el artículo 4 de la Directiva 85/374 no se opone a un régimen probatorio nacional que permita que el juez nacional pueda considerar de que “a pesar de la consideración de que la investigación médica no ha demostrado ni refutado la existencia de una relación entre la administración de la vacuna de que se trata y la aparición de la enfermedad que padece el perjudicado algunos hechos invocados por el demandante constituyen indicios sólidos, concretos y concordantes que permiten concluir que la vacuna adolece de un defecto y que existe una relación de causalidad entre dicho defecto y la enfermedad. No obstante, los órganos jurisdiccionales deben asegurarse de que la concreta aplicación de este régimen probatorio no les lleve a aplicar erróneamente la carga de la prueba establecida en el referido artículo 4, ni a menoscabar la efectividad del régimen de responsabilidad establecido mediante dicha directiva”.

La Cour de Cassation, en la sentencia número 1099, de 18 de octubre de 2017, en el proceso en el que había planteado las cuestiones prejudiciales, desestima la demanda planteada por los perjudicados, ratificando la sentencia recurrida, al considerar que no se había acreditado la relación de causalidad entre la vacuna administrada y la enfermedad²⁴. De esta forma aplica la respuesta dada por el

²⁴ De esta forma la Cour de Cassation unifica su criterio sobre la responsabilidad en este caso concreto ya que tal como nos informa PARRA LUCÁN la jurisprudencia de la Cour de Cassation

TJUE en la sentencia de 21 de junio de 2017, asunto C-431/15, al responder a la segunda cuestión prejudicial planteada.

B) La trasposición del artículo 4 de la Directiva 85/474/CEE, de 25 de julio, al derecho español y su interpretación

La previsión del artículo 4 de la Directiva 85/474/CEE, de 25 de julio se traspu- so al derecho español a través del artículo 5 de la ley 22/1994, que fue sustituido por el artículo 139 del TRLGDCU que prevé que “el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos”.

Tal como nos indica PARRA LUCÁN en los países de la Unión Europea se ha realizado un esfuerzo para adecuar el régimen de responsabilidad a los pro- blemas específicos creados, siendo uno de los mecanismos utilizados el de la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que es difícil acreditar la causa real del accidente²⁵.

La cuestión esencial para la aplicación del artículo 139 TRLGCU es cuándo debe considerarse que se ha acreditado el defecto del producto. Es decir, iden- tificar qué es lo que debe acreditar el actor para que se considere que concurre un defecto. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este aspecto y ha optado por realizar una interpretación del concepto de defecto y su acreditación en beneficio del consumidor.

Sobre el concepto de defecto La Sentencia del Tribunal Supremo número 545/2010, de 9 de diciembre (RJ 2011/1408) afirma que “el carácter defectuoso del producto, al que se liga el nacimiento de la responsabilidad, responde a circunstancias de carácter objetivo consistentes en que el producto objetiva- mente no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, en función,

era contradictoria ya que “en unos casos se estima la demanda contra el laboratorio pero se desestima en otros idénticos” (en “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014”, en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil número 97/2015, p. 2 del texto digital).

²⁵ PARRA LUCÁN, “responsabilidad civil por productos defectuosos”, en *Tratado de Responsabili- dad Civil*. Edit. Aranzadi, 2014, BIB 2014/3.

entre otras circunstancias, del uso razonablemente previsible del mismo y del momento de su puesta en circulación". Añade que "defecto de seguridad es, en suma, no solamente aquel que se concreta en la existencia de riesgos derivados de la toxicidad o peligrosidad, sino también el que consiste en la ausencia de las comprobaciones necesarias para excluir dichos riesgos, pues esta ausencia constituye, por sí misma, un riesgo".

Sobre la acreditación el Tribunal Supremo en la Sentencia número 495/2018, de 14 de septiembre, de la que es ponente PARRA LUCÁN, afirma que "el perjudicado debe probar que el producto es defectuoso, pero no que ese defecto fue originado por el fabricante. Este puede liberarse de la responsabilidad demostrando que hay una causa distinta de defectuosidad o probando, incluso mediante presunciones, que el defecto no era originario, sin necesidad de que individualice otra causa de defectuosidad".

En el caso concreto el objeto del proceso era si unos codos de cobre desitnados a su instalación en un circuito de calefacción y que tenía fisuras al cabo de seis años de su fabricación eran defectuosos o no. El Tribunal Supremo afirma que "si no existe ningún elemento de juicio añadido a la mera circunstancia del tiempo transcurrido no cabe concluir que el producto no es defectuoso. Si hubiera existido alguna circunstancia añadida, como pudiera ser la naturaleza del producto, su vida útil, su agotamiento, la consideración de la Audiencia se hubiera podido considerar adecuada".

Anteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2007 (RJ 2007\2614) afirma que "no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar la clase del mismo". Posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008 añade que:

"El artículo 5 de la Ley 22/94 ha de ser analizado junto con el artículo 3 del mismo texto normativo, por ser el que establece lo que ha de entenderse por defecto, pues sólo tras una interpretación integradora de ambos artículos es posible conocer con exactitud el esfuerzo probatorio que el legislador ha hecho recaer en el actor que reclama al amparo de esta normativa especial, debiéndose concluir que la determinación de si el producto es o no defectuoso en atención a los parámetros establecidos

en el propio artículo 3 (todas las circunstancias, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación) no es estrictamente una cuestión de hecho sino una "quaestio iuris", fruto de la valoración jurídica del órgano judicial, y que esa valoración ha de partir del *factum* cuya prueba sí incumbe a la parte actora, dependiente el éxito de su pretensión únicamente de que demuestre que con motivo del uso de un producto fabricado por la entidad demandada se produjo un accidente inesperado, soportando tan sólo la carga de probar la realización del accidente, la existencia del daño, y la del nexo causal entre este y aquel y entre el accidente y el funcionamiento del producto en cuestión, pues como ha señalado esta Sala en relación con el esfuerzo que debe exigirse al actor "no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar la clase del mismo", bastando que la parte demandante haya logrado "convencer al Juzgador de que el producto era inseguro" (Sentencia de 19 de febrero de 2007 [RJ 2007, 2614]), "correspondiendo al fabricante acreditar la idoneidad del producto la concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidades, bastando al perjudicado acreditar el daño sufrido y el enlace causal" (Sentencia de 21 de febrero de 2003). Decimos que esta doctrina es igualmente aplicable bajo el vigente TRLGDCU en cuanto la redacción del vigente art. 137.1 TRLGDCU es equivalente al art. 3 de la Ley 22/94 y el art. 5 de ésta encuentra su reflejo en el art. 139 TRLGDCU".

Esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha sido aplicada por las Audiencias Provinciales en las resoluciones que se dictaron sobre esta cuestión. Así por ejemplo la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares número 347/2017, de 30 de noviembre, las cita expresamente y considera acreditado el defecto por la rotura de un pedal de la bicicleta, sin exigir al actor que demuestre el defecto concreto que tenía. Lo mismo hizo la Sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid número 422/2014, de 22 de octubre, que considera demostrado el defecto por la rotura de una prótesis mamaria, habiéndose descartado que la misma tuviera su causa en la impericia del médico que la implantó.

Es decir, la previsión del artículo 4 de la Directiva 85/474/CEE, transpuesta a la legislación española por el artículo 139 TRLGDCU, tan sólo regula la carga de la

prueba sobre la existencia del defecto, la relación de causalidad y el daño ocasionado. No se extiende a otros aspectos de la reclamación como el momento en que apareció el defecto ni su concreción. Por este motivo el artículo 140.1 a y b TRLGCU complementa el artículo anterior regulando como causa de exoneración de la responsabilidad del fabricante el hecho de que “dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto”.

En mi opinión es la opción correcta ya que exigir algo más implica convertir la prueba en imposible o muy dificultosa para el actor, tal como advertía el abogado general en las conclusiones a la cuestión prejudicial planteada por la Cour de Cassation francesas, asunto C-621/15, en la que el TJUE dictó la Sentencia de 21 de junio de 2017.

Un segundo aspecto es si es suficiente una mera probabilidad o una certeza de la existencia del defecto. la Sentencia del Tribunal Supremo número 938/2007, de 21 de septiembre (RJ 2007/5495) recuerda que una “mera posibilidad no es ninguna prueba del defecto y de la relación de causalidad que guarda con el daño”.

Un tercer aspecto es que para determinar correctamente el ámbito de aplicación de la norma de carga de la prueba del artículo 139 TRLGCU debemos relacionarlo con las causas de exoneración del artículo 140 TRLGCU. Es decir, si se acredita la existencia del defecto en el producto, se presume la no concurrencia de las causas de exoneración²⁶. Es decir, que: éste estaba en el producto cuando se puso en circulación, que el producto se fabricó para la venta, que se fabricó importó, suministró o distribuyó en el marco de una actividad profesional o empresarial; que no fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; y que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesto en circulación permitían apreciar la existencia del defecto²⁷.

²⁶ Tal como afirma ACOSTA ESTÉVEZ, “los defectos existentes se entienden automáticamente ocasionados por el productor” (en “La acción de la CEE en materia de responsabilidad por productos defectuosos y reparación de los daños sufridos por el consumidor: adaptación del derecho español a la Directiva 85/374/CEE”, en *Actualidad Civil*, 1990-3, p. 541).

²⁷ En este sentido se pronuncia QUIJANO, en “la responsabilidad del fabricante”, *Revista Consumo y Empresa*, número 10, mayo 2019, pp. 40 y ss. (VLEX-781661789), p. 11 de la versión digital.

Tal como he expuesto el artículo 139 TRLGCU tiene carácter complejo. Por un lado es una norma de carga de la prueba. Pero debe ser completado con el artículo 140 TRLGCU que contiene varias presunciones legales iuris tantum.

Como norma de carga de la prueba tan sólo regula los efectos de la falta de prueba de la existencia de un defecto en el producto, de la relación de causalidad y del daño. Cuando estas alegaciones hayan sido acreditados por los medios de prueba previstos en la LEC o por la aplicación de presunciones, legales o judiciales, a los indicios probados, no se aplicará la norma del artículo 139 TRLGCU²⁸ ya que el defecto se habrá probado.

Por otro lado, la acreditación de la existencia de un defecto en el producto provoca que se presuma legalmente una serie de hechos que determinan la responsabilidad objetiva del fabricante. Éstos son los previstos como causa de exoneración de su responsabilidad, que se regulan en el artículo 140 TRLGCU.

Tal como expone la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares número 347/2017, de 30 de noviembre:

“Dichas normas atribuyen al demandante la carga de la prueba de la acreditación del defecto y la relación de causalidad entre éste y el daño producido. Una vez probados dichos extremos, entra en juego el sistema de objetivación de la responsabilidad, que hace soportar al demandado la carga de demostrar su ausencia absoluta de culpa. Así, se establece una presunción iuris tantum de culpa del fabricante, y en su caso, el importador y el suministrador, de la que éste sólo puede liberarse probando la culpa exclusiva del consumidor, o el cumplimiento de las exigencias y

²⁸ El Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre la aplicación de las normas de carga de la prueba. Así por todas la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 362/2012, de 6 de junio, que se dictó en un proceso en el que reclamaba la responsabilidad civil por productos defectuosos, afirma en su fundamento de derecho segundo que: “La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba, nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que teniéndose por no probado por el tribunal un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, por el tribunal se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC (SSTS de 29 de julio 2010, de 21 de febrero 2011 y 25 de abril 2012)”.

requisitos reglamentarios o in natura que liberan al productor, importador o suministrador de productos y servicios de la responsabilidad que le incumbe, así como la concurrencia de las causas de exoneración previstas en dicha norma. En ese sentido, las SAP de Madrid Sec 8, 1 de marzo de 2.017 , SAP Valencia Sec 6 de 18 de febrero de 2.014”.

Al hallarnos ante una presunción legal, ésta dispensa de la prueba del hecho presunto. Pero ésta no tiene carácter absoluto, sino que se admite la prueba en contrario. Tal como prevé el artículo 385.2 LEC ésta “podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”. Estos hechos son impositivos. En el caso de la responsabilidad del fabricante por los productos defectuosos se detallan en el artículo 140 TRLGCU bajo el nombre de causas de exoneración de la responsabilidad, actuando como hechos impositivos²⁹.

C) La desigualdad en la protección del consumidor

Cómo se puede comprobar el legislador comunitario no sigue una línea unitaria en la protección del consumidor. Por un lado es consciente de la situación de desigualdad en la posición de las partes y regula una inversión de la carga de la prueba en el artículo 5.3 de la directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Sin embargo, el artículo 4 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados y por los productos defectuosos exige al perjudicado por un producto defectuoso que acredite la realidad del daño y la relación de causalidad entre éste y el defecto del producto.

La diferencia de criterio se debe la política legislativas de la Unión Europea y al hecho de que la protección del consumidor tan sólo tiene en carácter del orden público comunitario porque sirve para asegurar la igualdad de competencia entre los empresarios en los Estados miembros de la Unión Europea. Sin

²⁹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, “Carga de la prueba y sociedad de riesgo”, edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 65.

embargo, cuando nos hallamos ante la responsabilidad por un producto defectuoso, el derecho de la Unión Europea prima la protección del fabricante³⁰. Tal como advierte el Abogado General en las Conclusiones del asunto C-431/15, anteriormente transcritas, nos podemos hallar ante una prueba imposible para el perjudicado³¹. A pesar de ello el TJUE ha optado por no flexibilizar la norma de prueba del artículo 4 de la Directiva 85/374/CEE y ha declarado que la interpretación que realizaban los tribunales franceses aplicando presunciones para considerar acreditada la relación de causalidad.

Serán los jueces de los Estados miembros los que al valorar la prueba practicada en el proceso puedan considerar acreditada la existencia del defecto y la relación de causalidad con el daño con los indicios que figuren en el proceso. En todo caso advierte el TJUE en la Sentencia de 21 de junio de 2017 en el pf. 43 que “los órganos jurisdiccionales nacionales deben asegurarse de que la concreta aplicación de este régimen probatorio no les lleve a aplicar erróneamente la carga de la prueba establecida en el referido artículo 4, ni a menoscabar la efectividad del régimen de responsabilidad establecido mediante dicha directiva”.

En España los Tribunales han interpretado este precepto en beneficio del consumidor. El concepto de defecto se interpreta de forma amplia, de conformidad con lo previsto en los artículos 137 del TRLGCU y 6 de la Directiva del Consejo 85/374/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos, de 25 de julio. A partir de este hecho probado se presumen los hechos que puede alegar el fabricante como causas de exoneración previstas en el artículo 140 del TRLGCU y artículo 6.2 de la Directiva 85/274/CEE. Estas presunciones legales se regulan para favorecer la posición procesal del consumidor en el proceso³². Ante las

³⁰ PARRA LUCÁN afirma que “con este criterio se pretende liberar a los productores de procesos injustificados emprendidos por las víctimas de cualesquiera accidentes con independencia de que pudiera o no reconducirse al fabricante la causa del daño” (en Daños por productos y protección del consumidor, edit. Bosch, Barcelona, 1990, p. 533).

³¹ En el mismo sentido ya se había pronunciado la doctrina. Ver por todos PARRA LUCÁN (Daños por productos..., cit., p. 533).

³² Tal como afirma SERRA DOMÍNGUEZ cuando a juicio del legislador nos hallemos ante una prueba difícil de una afirmación necesaria para la producción de los efectos jurídicos de la norma, “el legislador establece una norma de presunción como el justo medio para facilitar a una

mismas el fabricante puede alegar y acreditar la existencia de las causas de exoneración del artículo 140 TRLGCU, que actúan como hechos impeditivos de su responsabilidad.

La previsión legal de que el actor deba acreditar la existencia del defecto puede parecer excesiva y enfrentarlo ante una prueba imposible, pero lo único que tiene que demostrar es que el producto es defectuoso en el momento en el que lo adquirió. El concepto legal de defecto lo realiza el legislador en el artículo 137 TRLGCU afirmando que será aquél “que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación”. Añade a continuación que “un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie”.

La acreditación de que el producto es defectuoso y de la relación de causalidad se puede realizar a través de la prueba directa o de las presunciones. En este último caso la jurisprudencia ha reconocido que el daño ocasionado por el producto puede ser un indicio para presumir la existencia del defecto, pero el TJUE afirma que esta presunción no puede implicar una alteración de la norma de carga de la prueba prevista en el artículo 4 de la Directiva 85/374/CEE.

Una vez acreditado que el producto es defectuoso se presume que es a causa de un hecho imputable al fabricante del mismo aplicando una responsabilidad objetiva. Sin embargo, este puede destruir la presunción acreditando la concurrencia de alguna de las causas de exoneración que se regulan en los artículos 6.2 de la directiva 85/374/CEE y 140 del TRLGDCU.

La finalidad de esta regulación es equilibrar la protección del perjudicado por el producto defectuoso con el fabricante, para evitar que se presenten demandas infundadas.

parte la prueba positiva de una afirmación, causando al mismo tiempo el mínimo perjuicio a la otra parte” (en Estudios de Derecho Probatorio, edit. Communitas, Lima, 2009, p. 643 (publicado también en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2, dir. Albaladejo, Madrid, 1981, pp. 606 y ss.).

DEONTOLOGÍA PROFESIONAL PARA LA ABOGACÍA¹

Antonio Enrique Pérez Luño
Catedrático Emérito (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. LA ÉTICA PROFESIONAL: EL TEMA DE NUESTRO TIEMPO. II. LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA PROFESIONAL COMO ÉTICA APLICADA. III. ÉTICA Y ABOGACÍA. CINCO MODELOS DE DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO. 1. La ética del abogado como cumplimiento de la ley. Tesis positivista. 2. ¿Tienen los abogados una conciencia de alquiler? Tesis profesionalista. 3. El abogado como artífice de la justicia. Tesis iusnaturalista. 4. La Abogacía como profesión de riesgo moral. Tesis postpositivista. 5. La ética en el arquetipo profesional del abogado. Tesis neoiusnaturalista. IV. ÉTICA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA Y DE LA JUSTICIA.

I. LA ÉTICA PROFESIONAL: EL TEMA DE NUESTRO TIEMPO

Parafraseando el título del libro de José Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*², podríamos decir que la ética y la deontología profesional constituyen hoy el tema de nuestro tiempo. Corroborar esta idea cuanto indica el profesor Narciso Martínez Morán, al señalar que: “en la actualidad, de manera explícita o implícita, prácticamente todas las profesiones han desarrollado sus propios códigos o, al menos poseen una serie de principios éticos de comportamiento, expresados, a veces, en diferentes regulaciones”³.

El propio Martínez Morán explica que el ejercicio de cualquier profesión exige mantener determinados niveles de exigencia ética, de competencia y de

¹ Con la colaboración de Enrique César Pérez-Luño Robledo, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla).

² ORTEGA Y GASSET, J., “El tema de nuestro tiempo”, en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 1983, vol. 3, pp. 143 y ss.

³ MARTÍNEZ MORÁN, N., “Ética aplicada y deontología: los Códigos deontológicos” en el vol. col., a cargo de R. Junquera de Estéfani, *Ética y Deontología Públicas*, Universitas, Madrid, 2011, p. 196.

calidad de sus miembros. Para ello, debe controlar y supervisar, la integración de nuevos miembros y el correcto y honesto ejercicio de las actividades propias de su profesión. Precisamente, para conseguirlo algunas profesiones elaboran códigos deontológicos donde se especifican consideraciones morales acerca de los aspectos más delicados, controvertidos o complejos de la vida profesional⁴.

Manuel Atienza, advierte, también, la actualidad que hoy adquiere el estudio de la ética en el ejercicio profesional de las más diversas actividades. Dícenos al respecto Atienza, que, en las últimas décadas, ha adquirido notable relevancia el estudio de la ética de las profesiones: de los médicos, de los científicos, de los periodistas, de los empresarios, de los jueces, de los fiscales, de los abogados...

Entre las razones que aduce para justificar ese interés, figuran: el *pragmatismo*, entendido como la exigencia de que las cosas, también la ética, sirvan para algo y tiendan a resolver determinados problemas. En segundo término, alude a la *complejidad* creciente de las profesiones, que hace necesario aunar la preparación técnica con determinados deberes éticos. El ejercicio profesional no se agota en el desarrollo de determinadas pautas instrumentales, sino que obliga a justificar los fines y medios de esa actividad. La técnica no es suficiente, por sí misma, para satisfacer las exigencias de los distintos quehaceres profesionales. Por último, hace referencia a la *desorientación* que en la vida contemporánea, suscitan su problematismo y constante cambio, lo que dificulta saber que significa ahora ser un *buen* médico, un *buen* profesor o un *buen* jurista. En este último supuesto, la idea de "bondad" podrá predicarse de los distintos profesionales del derecho: jueces, fiscales, abogados, notarios, procuradores...

Atienza plantea una doble dimensión de la ética jurídica: como teoría de la justicia y como deontología jurídica o ética de las profesiones jurídicas. A partir de su concepción, el Derecho aparece como una práctica social, por lo que para su conocimiento resulta indispensable analizar los comportamientos de quienes protagonizan esa práctica. El estudio empírico de esa práctica constituye el objeto de la sociología jurídica, en tanto que la ética jurídica no atiende a la descripción de esos comportamientos, sino a establecer cómo deben ser realizados para ser correctos.

⁴ *Ibíd.*, pp. 197 y ss.

La ética, en cuanto disciplina crítica, no se ocupa de las acciones que de hecho realizan las personas, porque su finalidad versa en establecer unos determinados modelos o prescripciones de conducta. Por ello, la ética jurídica asume como su tarea principal, la prescripción de los comportamientos jurídicos correctos, es decir, de cómo deben comportarse quienes ejercen las distintas profesiones jurídicas: jueces, fiscales, abogados, notarios, registradores, procuradores⁵...

Revisten interés los motivos de la actualidad y sentido, de la ética profesional, que propone Atienza. Con ánimo de completar esa perspectiva sobre las causas que justifican el interés actual sobre esta materia, podrían añadirse a las tres que aduce, otras dos que también reflejan la inquietud social por las proyecciones de la ética a la actividad profesional: la inseguridad y la corrupción.

Es la nuestra una época en la que el síndrome de la *inseguridad*, se halla instalado en casi todos los ámbitos del vivir social. La inquietud cívica generada por la cultura de la postverdad y las *Fake news*, por la galaxia digital, en la que muchas realidades virtuales enmascaran la ausencia de una auténtica realidad, se ha traducido en una aspiración de autenticidad hacia los distintos roles profesionales. La ciudadanía aspira a que los distintos profesionales cumplan con corrección, es decir, de conformidad con sus deberes éticos, las actuaciones inherentes a su quehacer. Hace algunos años el sociólogo alemán Ulrich Beck⁶ definió a las sociedades actuales como "sociedad del riesgo". Ese riesgo y esa inseguridad suponen una llamada de atención sobre la exigencia de que quienes desempeñan tareas profesionales, lo hagan desde lo que socialmente se espera que sea un ejercicio éticamente correcto de las mismas.

En relación con la situación anterior, aparece el ominoso fenómeno de la *corrupción*, que representa un cáncer para la convivencia de las sociedades políticas. En la lucha contra las diversas formas de corrupción que se producen en la actividad de las mas diversas profesiones y que adquiere un carácter especialmente grave en la esfera de los profesionales del Derecho, la apelación a la ética reviste una justificada intensidad y actualidad. Para paliar y, en el mejor de los

⁵ ATIENZA, M., "Ética de las profesiones jurídicas", en su vol., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 221 y ss.

⁶ BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, trad. cast., Paidós, Barcelona, 2008.

casos, para remediar esa reprobación social frente a las actitudes profesionales corruptas, la deontología aparece hoy como un medio necesario dirigido a restituir a la ciudadanía su confianza en la actuación correcta de quienes ejercen diferentes tareas profesionales.

Estas circunstancias, en relación con la relevancia actual de la ética para la actividad profesional, llevan a inferir su "indispensabilidad". La ética es hoy la garantía más eficaz de un desempeño socialmente correcto de las distintas labores profesionales.

II. LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA PROFESIONAL COMO ÉTICA APLICADA

Si atendemos al amplio panorama de las diferentes profesiones y sus diversas regulaciones deontológicas, pudiera parecer que existe una pluralidad de éticas o de deontologías propias de las distintas profesiones. No obstante, la ética y la deontología son comunes a todas las profesiones, las cuales las regulan en sus ámbitos específicos. El objetivo de todas ellas es el mismo y, aunque las normas parezcan diferentes, pues se refieren a problemas distintos, de lo que se trata siempre es de regular la conducta de una profesión para obtener conductas rectas, honestas y éticas⁷.

Debe recordarse que la ética, posee la doble condición de ser última y de ser única. Esta afirmación implica sustentar que los criterios éticos no son sólo los *últimos* a los que apelamos en el plano del razonamiento práctico, sino que son también *únicos*, en el sentido de que, en lo esencial, son los mismos para todos los agentes morales, con independencia de su posición social y de la profesión que ejerzan. Conviene no resbalar sobre el alcance de estas dos afirmaciones, que salen al paso de determinadas confusiones y malentendidos que han contribuido a dificultar el significado de cuanto implica la proyección de la ética sobre el ejercicio de las profesiones jurídicas.

El sentido último de la ética implica rebatir la negación del significado final de los argumentos morales, que fundamentan el razonamiento jurídico, tesis

⁷ Vid., sobre todo ello, MARTÍNEZ MORÁN, N., op. cit., pp. 203 y ss.

sustentada desde determinados planteamientos iuspositivistas. Desde la concepción iuspositivista se considera que una justificación completa de un razonamiento jurídico se concluye con la mera enunciación de la norma positiva aplicable al caso. Lo que determina la aplicación de esa norma es la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema normativo, o sea, el criterio o los criterios que permiten identificar las normas válidas: por ejemplo, la conformidad con una Constitución. Para el positivismo jurídico, esa aceptación no tendría por qué revestir una dimensión moral; podría aceptarse por razones: teóricas por entender que la regla de reconocimiento consiste en un mero criterio conceptual, o por consideraciones prudenciales, eso es lo que resulta más conveniente, lo que mejor satisface ciertos intereses.

Esta postura es criticable, si se tiene presente que la regla de reconocimiento no es un mero criterio conceptual, porque si lo fuese no permitiría justificar el deber de usar una determinada norma como premisa normativa. Implicaría caer en la falacia naturalista, en el paso del ser al deber ser. La regla de reconocimiento es una norma, una norma de carácter consuetudinario que establece el deber de seguir las reglas del sistema. Al ser esto así, está justificado obedecerla, lo que supone apelar, en último término, a razones de carácter autónomo: razones que valgan por sus méritos intrínsecos y razones imparciales que no pueden basarse en el propio interés de quienes las esgrimen; o sea, el tipo de razones que solemos llamar morales⁸.

Esa *supremacía* de la moral, en cuanto que es fundamento último de todo comportamiento humano, no implica *imperialismo* de la moral, porque con ello no quiere decirse que las razones morales absorban a todas las otras; las condicionan, pero permiten (o pueden permitir) que las razones no morales operen con una relativa autonomía. Esta cualidad de la moral posee innegable importancia para la deontología jurídica. Los jueces y abogados para justificar su conducta jurídica no pueden actuar en abstracto, es decir, sin considerar el contexto institucional y entre los distintos argumentos justificativos de sus actuaciones deberá optar por aquella que tenga mejores credenciales desde un punto de vista moral.

La otra característica fundamental de la ética es la que hace referencia a su carácter *único*, es decir, al rasgo de su *universalidad*. Este carácter es negado por

⁸ Cfr., ATIENZA, M., op. cit., pp. 223 y ss.

quienes no aceptan una ética universal. Según esa tesis, cada profesión tendría una ética propia, dotada de caracteres y rasgos propios. De ahí, se derivaría que hay especialidades profesionales, en el ámbito de la política, de la economía, la medicina o el Derecho, en los que no rigen los principios generales de la moral.

Consecuencia inmediata del carácter universal de la ética es que no cabe separar la moral ordinaria de la moral profesional, si con ello se pretende que, como consecuencia de asumir un determinado rol profesional (de juez, de abogado, de médico o de político), ciertos principios de la moral ordinaria (no mentir, no dañar a un inocente) dejan de estar vigentes.

De cuanto aquí se ha expuesto se desprende que nos hallamos ante uno de los aspectos más debatidos sobre el significado de la ética profesional. Me refiero a la controversia abierta entre quienes defienden que la ética profesional debe considerarse como una ética *regional*, es decir, un conjunto de reglas morales específicas propias de cada actividad profesional, o por el contrario quienes afirman, que se trata de una ética *aplicada*, o sea, de la proyección de la ética a los distintos ejercicios profesionales. El carácter único y universal de la ética, parece que resulta el más oportuno y convincente.

Se halla muy extendida la defensa del carácter regional de las éticas profesionales y, en concreto, de la deontología jurídica. Quienes propugnan el significado regional de la ética forense, aducen el argumento de que dicha ética posee códigos escritos y órganos disciplinarios propios y por ello tiene un grado de institucionalización, que le otorga unos perfiles específicos.

Esta postura ignora la universalidad de la ética, la exigencia de que sus normas sean, por decirlo kantianamente, universalizables. Considerar a la ética profesional forense como un capítulo separado de la moral ordinaria, puede implicar la justificación de conductas y actitudes, que en función del alibí de su particularidad jurídica, ofenden a los principios básicos de la moral. Esta concepción ha sido, muchas veces la principal responsable de una desconfianza social hacia los juristas, tal como se tendrá ocasión de considerar *infra*.

La caracterización de la ética profesional jurídica como ética aplicada, tiene también unas implicaciones terminológicas. Cuando se designa ese ámbito de estudio, como ética de las profesiones jurídicas, conviene no descuidar que

la preposición de genitivo “de”, que sirve de nexo de unión entre los términos “ética” y “profesiones jurídicas”, puede suscitar una cierta dosis de ambigüedad. Cuando aludimos a la “ley de la razón”, podemos hacer referencia: a la proyección de unas normas que deben regir el uso de la razón, o a que la razón tiene su propia ley.

En la primera acepción, la preposición “de” puede significar relaciones circunstanciales de modo (más próximas al caso ablativo que al genitivo) y tiene un sentido análogo al de las preposiciones “para” o “sobre”, que es la que corresponde a la concepción de la ética profesional jurídica como ética aplicada, que se expresaría, por tanto, como ética “para” las profesiones jurídicas. En la segunda acepción, que es la propiamente genitiva, la preposición “de” evoca la idea de pertenencia. En esa acepción, “de” significa que las profesiones jurídicas, tienen, generan o expresan una ética peculiar. De acuerdo con ese uso lingüístico genitivo, en su sentido propio, la ética profesional de los juristas aparece como una ética regional dotada de unas características genuinas.

En definitiva, quienes nos sentimos partidarios de que la ética debe ser “aplicada” a las profesiones jurídicas y que, por eso, no es admisible una ética regional de dichas profesiones, deberíamos, por coherencia con estas premisas, enunciar esta disciplina como: “ética *para* las profesiones jurídicas”; dejando la expresión “ética *de* las profesiones jurídicas”, para quienes defienden el carácter regional de dicha materia.

El reconocimiento del carácter final, único y universal de la ética no excluye la posibilidad de que puedan existir matices específicos en sus aplicaciones: unidad y universalidad de la ética, no significan indiferencia o uniformidad en sus proyecciones a diversos ámbitos. Así, por ejemplo, en la ética médica adquiere una gran importancia el principio de confidencialidad, al ser los datos médicos informaciones especialmente sensibles. También importan, especialmente en este ámbito, la autonomía del paciente y la posibilidad de que los facultativos adopten una postura paternalista, justificada por la cualificación técnica del médico respecto a quienes son los enfermos a su cargo. En la deontología política de los parlamentarios y de quienes ejercen funciones de gobierno adquieren especial relevancia los deberes éticos de afán de servicio al bien común o al interés general, su actitud insobornable ante cualquier tipo de corrupción y la transparencia en todos los ámbitos de su responsabilidad. Quienes son profesionales de los

medios de comunicación están sujetos a exigencias deontológicas de libertad expresión, independencia, veracidad y de respeto a la dignidad e intimidad de las personas sobre las que versen sus informaciones...

En el desempeño de las diversas profesiones jurídicas los deberes deontológicos asumen diferente intensidad y matices peculiares. Así, los jueces, en el desempeño de su función, deben hacer especial hincapié en el mantenimiento de sus deberes éticos de independencia e imparcialidad, encaminados a la consecución de la sentencia justa. El ministerio fiscal tiene el deber indeclinable de defender el interés público, mientras que para los abogados asume especial trascendencia la leal y competente defensa de los derechos e intereses de sus clientes.

III. ÉTICA Y ABOGACÍA. CINCO MODELOS DE DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO

En las primeras manifestaciones históricas de una justicia organizada socialmente, los individuos exponían directamente o a través de su clan familiar, sus pretensiones y la defensa de sus intereses y derechos ante los jueces. En esa etapa de la evolución histórica del Derecho, las personas actuaban directamente en la defensa de lo que consideraban justo y aportaban las pruebas que estimaban pertinentes para demostrarlo, sin necesidad de que nadie los representara o interviniera en su nombre. El procesalista José Martín Ostos recuerda que, con el sucesivo desarrollo normativo de los sistemas jurídicos y el aumento de su complejidad: "aparece, al lado del litigante, un asesor encargado de velar por los intereses del ciudadano, asistiéndolo, hasta el extremo de que produce el nacimiento de una profesión, la Abogacía"⁹. Surge, de este modo, la figura ostensible y ostentada del abogado. Este profesional del Derecho será uno de los protagonistas imprescindibles del proceso de los sistemas jurídicos con un cierto grado de evolución y están ya presentes en el universo jurídico clásico de Grecia y de Roma.

En los ordenamientos jurídicos del presente son muy escasos los trámites jurídicos en los que las partes de un proceso no necesitan la asistencia técnica de ese experto en Derecho, que asume la denominación de "abogado". El creciente

⁹ MARTÍN OSTOS, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Astigi, Sevilla, octava ed., 2017, p. 242.

número de disposiciones legales, y su constante cambio, fenómeno que ha sido designado como: "la jungla normativa", hacen necesaria la asistencia letrada o presencia del abogado en la mayor parte de los trámites jurídicos, en general, y procesales, en particular¹⁰.

Para la garantía jurídica de los intereses y derechos de la ciudadanía tiene la mayor importancia la cualificación técnica de los abogados a quienes los clientes hayan confiado su defensa. No menos importancia asume la rectitud ética que debe presidir la conducta profesional de esos letrados.

No parece lícito, por tanto, dudar de que la cuestión más debatida y controvertida de cuantas dimanaban de la proyección de la ética sobre la actuación profesional de los juristas, es la que hace referencia al ejercicio de la Abogacía. Por ello, se avanzará en este epígrafe un esquema de clasificación de las distintas posturas desde las que se intenta dar respuesta a la peculiar modalidad operativa que adquiere la ética en relación con el ejercicio profesional de la Abogacía.

No se pretende, con la aportación de este cuadro taxonómico, agotar todas las posibles variantes de enfoque que, en el pasado y en el presente, han intentado ofrecer una respuesta a las cuestiones éticas que suscita el ejercicio profesional forense. Nos proponemos establecer un principio de ordenación de las principales actitudes sobre este problema.

La dificultad que suscita proyectar la ética sobre la conducta profesional del abogado se funda en la propia peculiaridad de la función que este desempeña. El abogado tiene que defender un interés de parte, lo que hace que sus juicios, a diferencia de los del juez no tengan que estar presididos por la voluntad de imparcialidad. Esta conducta ha sido fuente de numerosos malentendidos, que tienen una larga tradición histórica.

No huelga recordar, en relación con ello, las críticas que los discípulos de Sócrates, en particular, Platón y Jenofonte, vertieron contra la actitud de los sofistas. Les reprochaban que, a diferencia de su maestro Sócrates, quien tenía como guía de sus reflexiones la búsqueda de la verdad y lo hacía sin reclamar ningún estipendio a cambio, ellos eran relativistas defendiendo distintas opiniones,

¹⁰ *Ibíd.*

según su conveniencia y lo hacían a cambio de un precio. Estas críticas deben ser contempladas hoy, teniendo presente el marco histórico social de Atenas. Es necesario recordar que en el siglo V a. C. bajo el gobierno de Pericles, se instauran en Atenas dos principios democráticos básicos: la *isonomía*, que establecía la igualdad jurídica de los ciudadanos libres, y la *isegoría*. Esta última permitía a cada ciudadano defender sus intereses a través de la libertad de la palabra. Pero en el caso en que un ciudadano ateniense no se hallara dotado para la elocuencia, contrataba a un retórico, es decir, a un sofista, para que realizara ante los jueces una apología en su nombre. Eso explica, el que los sofistas plegaran sus argumentos en función de los intereses de cada caso y que percibieran un estipendio por esa labor profesional. Los sofistas son, por tanto, antecedentes históricos de los abogados y su actitud nació bajo la incompreensión que siempre ha perseguido ese ejercicio profesional.

Entre las distintas ópticas de enfoque de la proyección de la ética a la actividad profesional de los abogados, se pueden distinguir cinco concepciones que, en cierto modo, resumen las principales actitudes al respecto.

1. La ética del abogado como cumplimiento de la ley. Tesis positivista

La primera posición a la que se debe hacer referencia es aquella que concibe la ética profesional del abogado como el cumplimiento de determinadas normas que se inscriben en el propio Derecho positivo. Desde esta perspectiva, la ética de la Abogacía no es más que un capítulo en el seno del ordenamiento jurídico, que, se concretaría en normas referentes al Estatuto de la Abogacía, al Código Deontológico de los abogados y a todas las normas materiales y procesales en las que existe una alusión expresa a los deberes del abogado. A partir de ahí, se difumina y, en cierto modo, desaparece el problema ético, del ejercicio profesional forense, ya que queda subsumido en el deber general del cumplimiento del Derecho, con la única particularidad de que se trata de deberes que afectan al ejercicio de la Abogacía. Para quienes asumen ese enfoque el abogado no necesita ni debe plantearse cuestiones o disquisiciones morales. El abogado, como cualquier otro ciudadano, puede tener inquietudes y sensibilidades éticas y no ser inmune a los problemas generales que incumben a todos los seres humanos en cuanto sujetos morales. No obstante, esa moralidad entrañaría una forma de moralidad crítica, desarrollada en la esfera de su vida privada, que sería independiente y ajena al ejercicio de su profesión.

El Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española en su nuevo texto aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española el 9 de marzo de 2019, proclama que: "como toda norma, la deontológica se inserta en el universo del Derecho, regido por el principio de jerarquía normativa". Esta declaración se corrobora y concreta en el artículo 1 de dicha norma, donde se puntualiza que: "Las fuentes principales de la Deontología se encuentran en el Estatuto General de la Abogacía Española, en el Código Deontológico de la Abogacía Europea, en el presente Código, aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, y en los que, en su caso, tuvieren aprobados los Consejos Autonómicos de Colegios". De este planteamiento podría inferirse que el Código se decanta por una decidida actitud iuspositivista, al considerar que los deberes deontológicos de los letrados se circunscriben al respeto de las distintas normas que regulan la actividad profesional de la Abogacía. Las reglas deontológicas de los hombres y mujeres que ejercen profesionalmente la Abogacía constituirían, por tanto, una manifestación del Derecho positivo, es decir, un sector del sistema jurídico estatal. De ahí, que las normas deontológicas, en cuanto que reglas morales de la profesión, serían un sector de normas jurídicas, y, por ello, actuar moralmente en el desempeño profesional de la Abogacía equivaldría a actuar de conformidad con lo dispuesto en el Derecho positivo.

Debe advertirse, sin embargo, que esa apreciación se halla contrapuntada por cuanto expresa con rotundidad el propio preámbulo del Código, cuando recuerda que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, los Estados de Derecho, solemnemente, "consagran la dignidad como valor supremo, que informa todo el ordenamiento jurídico". Desde entonces, "la función de la Abogacía alcanza su definitiva trascendencia, facilitando a la persona y a la sociedad en que se integra, la técnica y conocimientos necesarios para el consejo jurídico y la defensa de sus derechos". Esa proclamación de la dignidad humana, que es un valor que fundamenta y trasciende el Derecho positivo de los Estados de Derecho, se aleja abiertamente de cualquier concepción iuspositivista¹¹.

¹¹ Sobre el concepto y las distintas versiones del positivismo jurídico, vid., PÉREZ LUÑO, A.E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, con Prólogo de Guido Fassò, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1971, pp. 25 y ss.; id., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, ed. a cargo de J. F. Palomino Manchego, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 10ª ed., pp. 125 y ss.

Un gran número de abogados, en ciernes y en ejercicio, y de forma, consciente o inconsciente, participan de las premisas del positivismo jurídico sobre las relaciones entre la ética y el ejercicio profesional de la Abogacía. Entienden que se trata de un aspecto institucionalizado de su labor, en el que existen normas, sanciones y órganos encargados de aplicarlas, que contribuyen a resolver cualquier problema que pueda surgir en esta materia. Los Consejos Generales de la Abogacía, los Colegios de Abogados, e incluso los Megabufetes, poseen códigos deontológicos donde se regulan los deberes de los letrados y reglamentos para la aplicación de sanciones, por lo que la conducta moral del abogado está perfectamente tipificada.

En la literatura española actual sobre deontología del abogado, predomina esa orientación positivista, muchas veces, asumida de forma inconsciente. Esa es la actitud que dimana, por ejemplo, de las obras de Rafael del Rosal, *Normas deontológicas de la Abogacía española*¹², y de José Ángel García Fernández, *Vademécum para abogados noveles*, en la que dedica un amplio apartado al estudio de la deontología profesional de la Abogacía¹³.

El planteamiento iuspositivista debe juzgarse del todo insatisfactorio. Se basa en un legalismo ético, integrado por prescripciones rígidas y heterónomas. Estas circunstancias lo convierten en lo que Kant denominaría una falsa ética, porque a su entender, una característica esencial de toda decisión moral es la autonomía, entendida en el sentido de que cada sujeto debe tomar sus decisiones morales siguiendo el dictado de su conciencia libre e insobornable¹⁴. Precisamente, los problemas, las cuestiones y los dilemas morales más relevantes que afectan al quehacer del abogado quedarían, por tanto, sin respuesta o con una respuesta ficticia a partir del planteamiento iuspositivista.

¹² DEL ROSAL, R., *Normas deontológicas de la Abogacía española*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 64 y ss.

¹³ GARCÍA FERNÁNDEZ, J.A., *Vademécum para abogados noveles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 31 y ss.

¹⁴ Cfr., sobre todo ello, PÉREZ LUÑO, A.E., Kant y los derechos humanos, en su vol., *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, p. 117 y ss.

2. ¿Tienen los abogados una conciencia de alquiler? Tesis profesionalista

Ha adquirido celebridad la frase de Fiódor Dostoyevski expresada en *Los hermanos Karamazov* y también en su *Diario de un escritor*, según la cual: "los abogados tienen una conciencia de alquiler". Lo primero que habría que objetar a esta frase es que, en la mayor parte de las ocasiones, los abogados alquilan su ciencia, pero no su conciencia. Pero, al margen de esta objeción, lo cierto es que el texto de Dostoyevski refleja una larga tradición de desconfianza hacia la actitud moral de los abogados, que, como se ha indicado, puede remontarse a los sofistas.

Massimo La Torre ha llevado a cabo una cuidada exposición de las principales tesis, expresadas a través de la historia, en las que se manifiesta una actitud de desconfianza o menosprecio hacia los abogados y hacia los juristas en general, partiendo de la notoria condena de Lutero: *Juristen, böse Christen*¹⁵.

La mala fama que, a través del tiempo, ha perseguido la actividad de los letrados, estimo que se funda en su peculiar relación con la moral ordinaria. Desde determinadas premisas, se entiende que la actividad profesional del abogado es "intrínsecamente inmoral"¹⁶, porque se considera que el desarrollo de la actividad forense tiene que transgredir, para obtener sus objetivos, determinadas normas morales.

Desde otros enfoques, se dice que la actuación de los abogados se halla al margen de la ética, que es una actividad "amoral", ya que discurre por derroteros que nada tienen que ver con las normas morales.

No obstante, la tesis más extendida, en muchos sectores de la Abogacía y de los comentaristas de su función, es la de que la profesión de abogado tiene unas exigencias implícitas en su desarrollo, que determinan que posea una "moralidad propia", distinta y específica respecto a la moral general.

¹⁵ LA TORRE, M., "Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica", en *Derechos y libertades*, n. 12, 2003, pp. 71 y ss. Cfr., también sus trabajos: "Variaciones sobre la moral del abogado: ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas" en el vol. col., a cargo de C.García Pascual, *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; *La déontologie de la profession d'avocat entre théorie du droit et philosophie politique*, en curso de publicación cuyo texto debo a la deferencia del autor.

¹⁶ Hace referencia, expresamente, a esas actitudes, Manuel ATIENZA, op. cit., pp. 254 y ss.

Estas tres actitudes y enfoques, al margen del aparente distanciamiento de sus formulaciones, coinciden en lo básico: en considerar que la actividad profesional del abogado posee unas exigencias y peculiaridades que contradicen o son ajenas a los preceptos de la moral ordinaria. La Abogacía consiste en una actividad profesional que, para que sea ejercitada eficazmente, es decir, que, para poder defender, con éxito, los intereses de los clientes, se halla obligada a contrariar, prescindir o adecuar a sus exigencias las normas éticas.

Quienes adoptan esta tesis “profesionalista”, en cualquiera de sus tres variantes, considera que la virtud de un buen abogado podría ser aquella que nos recuerda Massimo La Torre, expuesta con toda crudeza por el abogado que aparece en la obra de León Tolstoi: *Resurrección*. Dicho abogado se jacta de la habilidad de hacer triunfar una causa “imposible”, es decir, manifiestamente infundada e injusta, contra un adversario provisto por el contrario de una cantidad de buenas razones. Ese abogado es capaz de transformar el error en la razón y la razón en el error y –con trucos casi de prestidigitador– hacer parecer lo que es lícito ilícito y lo que es ilícito lícito. “Pero si esta fuera verdaderamente la virtud del abogado, ¿cómo podría un individuo que quiere mantenerse íntegro –hay que preguntarse– ganarse la vida de una manera tan repugnante?”¹⁷.

Es evidente que la consideración de la Abogacía como una profesión intrínsecamente inmoral o amoral resulta incompatible con una ética o una deontología del abogado, representaría una manifiesta *contradictio in terminis*. Tampoco desde las premisas de quienes conciben la ética del abogado como una moral regional o particular, es posible formular una auténtica ética de la Abogacía, porque como se tuvo ocasión de indicar *supra*, la ética es única y universal, lo que resulta incompatible con la admisión de éticas regionales o particulares.

3. El abogado como artífice de la justicia. Tesis iusnaturalista

José Castán Tobeñas, al prologar el libro de Alejandro Martínez Gil, Código de Deontología Jurídica¹⁸, indicaba que los Códigos de deontología profesional de los juristas respondieron en su origen a una inequívoca inspiración iusnaturalista. A su entender, sólo a partir del reconocimiento del Derecho natural, es posible

¹⁷ LA TORRE, M., “Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica”, cit., p. 106.

¹⁸ MARTÍNEZ GIL, A., *Código de Deontología Jurídica*, PYLSA, Madrid, 1954.

reconocer el fundamento moral del Derecho. Asimismo, el iusnaturalismo postula establecer una correlación entre los derechos de las distintas profesiones jurídicas y los deberes morales que el ejercicio de las mismas comporta¹⁹.

En una obra más reciente, Isabel Trujillo alude también al fundamento iusnaturalista de los deberes éticos a que deben atenerse las distintas profesiones jurídicas y, en concreto, la de los abogados. A su entender, tan sólo desde una teoría que postula el fundamento moral del Derecho, es posible defender la existencia de deberes éticos por parte de quienes ejercen la profesión de abogado²⁰.

En la actualidad, algunos autores iusnaturalistas sostienen un activismo moral del abogado. Desde ese planteamiento, el proceso tiende a que las partes que actúan en él se esfuercen en lograr, con el máximo respeto a la verdad, una decisión justa. De este modo, las partes del proceso y en concreto los abogados, comparten con el juez el deber de conseguir una sentencia justa. El abogado, de acuerdo con este enfoque, debe contribuir a aportar las pruebas y a formular los argumentos que conduzcan a la decisión correcta. En la mayor parte de los casos, esa decisión será la que favorece al cliente de estos abogados, los cuales, precisamente, han asumido la defensa de ese proceso en la convicción de que las pretensiones de su cliente se hallan plenamente fundadas²¹.

Los autores iusnaturalistas activistas consideran que la justicia es un bien que trasciende el interés de quienes son parte en un proceso, para afectar a toda la comunidad social, del lugar donde el proceso se tramita. Por ello, los abogados deben colaborar con el juez en la búsqueda de la solución correcta del proceso. Tal comportamiento implica la prohibición absoluta de cualquier actividad procesal que vulnere la moralidad, porque entonces el abogado sería cómplice de una injusticia.

La tesis iusnaturalista peca de una visión ideal del proceso, y de una concepción absolutista de los valores éticos, sin tener en cuenta las peculiaridades del

¹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., "Prólogo" a la obra de A. MARTÍNEZ GIL, *Código de Deontología Jurídica*, cit., pp. 3 y ss.

²⁰ TRUJILLO, I., *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013, passim.

²¹ Sobre el activismo moral de los autores iusnaturalistas no confesionales, vid., LA TORRE, M., "Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica", cit., pp. 101 y ss.

desarrollo de los trámites procesales y la necesidad que tiene el abogado de defender los intereses de su cliente, sin incurrir en la inmoralidad, pero tampoco sin aportar datos que puedan comprometer la legitimidad de su defensa. Se trata de una tesis en la que se tienden a confundir los roles respectivos del juez y del abogado, al perder de vista que al abogado no le corresponde el establecimiento de lo que es justo, sino, la defensa, de parte, de los intereses de su cliente. La imparcialidad y la búsqueda de la verdad, es decir de la justicia en el proceso, es una virtud del juez, pero no del abogado. Al abogado le corresponde el presentar la "verdad" que ampara los intereses de su cliente, de la forma más eficaz posible para llevar a buen término la defensa. Ello no debe entenderse como indiferencia del abogado por la búsqueda de la justicia, ya que esto representa el fin último de su actividad. Ahora bien, su contribución a establecer lo que es justo en el proceso, la lleva a cabo a partir de la defensa leal de los derechos que asisten a su cliente.

No sería lícito omitir que, en determinadas versiones del iusnaturalismo, se ha tendido a presentar como valores absolutos e inderogables, lo que no eran sino conveniencias de lugar y tiempo o expresiones de una determinada ideología²². Así, Martínez Gil en su mencionado *Código de Deontología Jurídica*, considera como un deber ético del abogado, la prohibición de: "litigar contra los intereses o derechos de la Iglesia sin autorización previa del Ordinario"²³.

De admitirse esta cláusula deontológica, los abogados católicos no hubieran podido defender a las víctimas de abusos por parte de clérigos, que contaban con la connivencia de las autoridades eclesiásticas. Parece, por el contrario, que el deber ético de los abogados católicos, precisamente por ser católicos, se cifra en asumir la defensa de las víctimas de tales abusos.

²² Sobre el concepto y las distintas versiones del iusnaturalismo, vid., PÉREZ LUÑO, A.E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, con Prólogo de Guido Fassò, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1971, pp. 25 y ss.; id., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, ed. a cargo de J. F. Palomino Manchego, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 10ª ed., pp. 125 y ss.

²³ MARTÍNEZ GIL, A., *Código de Deontología jurídica*, cit., art. 167.2, p. 64.

4. La Abogacía como profesión de riesgo moral. Tesis postpositivista

Una postura crítica con respecto a los modelos deontológicos de la Abogacía se debe a Manuel Atienza. Muestra su disconformidad con esos planteamientos y propone como alternativa una concepción postpositivista. De conformidad con su propuesta, se debe rechazar el postulado iuspositivista de la separación entre moral y derecho. De ahí, infiere que existen ocasiones en las que él abogado "no puede –no debe– moralmente realizar ciertas acciones, aunque las mismas no contradigan el Derecho positivo"²⁴.

Muestra también su desacuerdo con las tesis que consideran que el ejercicio de la Abogacía entraña una actitud intrínsecamente inmoral o amoral. Ambas posturas sostienen una actitud escéptica respecto al carácter inderogable de los principios morales porque sostienen la imposibilidad de que el abogado no tenga que recurrir a la mentira, a la reserva mental o a eludir la expresión de toda la verdad que conoce, cuando ello sea conveniente para la defensa de los intereses de su cliente. Atienza aclara que los valores éticos y los principios de la moral no son absolutos, sino que se trata de valores y principios *prima facie*, que pueden modularse a tenor de las exigencias y circunstancias del caso sin que, nunca afecten a lo que es el núcleo de la ética. Esta es la postura que va implícita en la teoría del riesgo moral del abogado, defendida por Atienza como proyección de un enfoque postpositivista a la deontología profesional del abogado.

Esta posición supone también una crítica implícita frente al absolutismo ético, que se halla presente en aquellas tesis iusnaturalistas, que no admiten una adecuación o modulación de los valores éticos a aquellas circunstancias específicas en las que se desenvuelve el ejercicio profesional de la Abogacía.

Atienza añade también otra consideración crítica, respecto a quienes postulan el carácter intrínsecamente inmoral o amoral el ejercicio de la Abogacía. Se trata de que las mismas suscitan una ruptura en la personalidad del abogado. Resulta incoherente que el letrado en el ejercicio de sus funciones pueda realizar todo tipo de inmoralidades, pero en el plano privado de su conciencia las rechace. Eso conduce a una auténtica esquizofrenia, o sea, a una fractura de la personalidad del abogado y tiene razón Atienza para considerarla inaceptable.

²⁴ ATIENZA, M., op. cit., p. 273.

La teoría del riesgo moral, sustentada por Atienza, no niega el carácter parcial de la actuación del abogado, sino que trata de poner un límite moral a esa parcialidad. Dicha parcialidad, cuenta con una justificación racional: la defensa de los derechos de sus clientes, que no se podría lograr de no existir el asesoramiento legal de los abogados. Pero el abogado tiene que ponderar los valores que contribuye a realizar en el ejercicio de su profesión con los que, en ciertas ocasiones, pueden poner en riesgo (daños a terceros inocentes, afectación a intereses colectivos) y del balance de la misma puede resultar que hay ocasiones en las que él no puede ni debe transgredir los principios y valores morales²⁵.

5. La ética en el arquetipo profesional del abogado. Tesis neoiusnaturalista

La teoría del riesgo moral del abogado elaborada por Manuel Atienza, entendemos que da una respuesta satisfactoria a los principales problemas que hoy plantea la deontología profesional de la Abogacía. No obstante, atendiendo a la propia inquietud de Manuel Atienza por hacer coincidir la deontología con las virtudes de excelencia que deben concurrir en quien ejerce una actividad profesional, estimo que se podría completar dicha teoría con la aportación de las principales virtudes que deben informar el arquetipo del buen abogado.

Desde algunas perspectivas neoiusnaturalistas, con las que nos sentimos solidarios, se tiende hoy a concebir los valores implícitos en el Derecho natural o expresados por la justicia, no como categorías abstractas, absolutas e ideales, sino como valores abiertos a la experiencia y a la historia, es decir, como arquetipos. Se debe a Ortega la distinción entre el concepto de los ideales y los arquetipos. Los primeros, son categorías de estricto deber ser; se trata del puro deseo sobre cómo deberían ser las cosas para su perfección. El arquetipo, por el contrario, hace referencia a aquellas realidades que nos parecen las mejores, o sea, a manifestaciones empíricas de perfección²⁶.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 270 y ss.

²⁶ Cfr. ORTEGA Y GASSET, J., "Mirabeau o el político", en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 1983, vol. III, p. 603 y ss. Vid sobre ello, PÉREZ LUÑO, A.E., "Ortega y las libertades", en *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, cit., pp. 323 y ss. Sobre la concepción neoiusnaturalista, vid., PÉREZ LUÑO, A.E., "La storia come esperienza filosofico-giuridica", en *Rivista di filosofia del diritto* (numero speciale), *La Filosofia del diritto tra Storia delle idee e nuove tecnologie*, 2015, pp. 19 y ss.

Desde una perspectiva neoiusnaturalista las virtudes relativas a la excelencia o perfección del abogado, no deberían deducirse de un sistema deontológico ideal, sino construido a partir de la experiencia de aquellos comportamientos de los letrados y de aquellas pautas experienciales de la Abogacía en las que se reflejara una inequívoca expresión de la moralidad.

Por aducir un ejemplo, estimo que el relato de sus experiencias como abogado que nos ofrece Ángel Ossorio y Gallardo en su obra *El alma de la toga*²⁷, representa un auténtico arquetipo ético del ejercicio profesional de la Abogacía. Es cierto que, muchos de los aspectos de ese libro, pagan tributo a las condiciones del espacio y el tiempo en el que fue escrito, pero más allá de esos elementos circunstanciales, la obra refleja cabalmente el designio y la trayectoria de un abogado por mantener siempre sus actuaciones profesionales dentro de un paradigma moral. El propio Ossorio, para corroborarlo, indica que cuando un pasante inicia su experiencia como letrado en el bufete de un buen abogado, lo más importante que aprende no es una ciencia, que pocas veces se exterioriza, ni el arte de discurrir, que no suele ser materia transmisible, sino la ejemplaridad de una conducta moral²⁸. Compendia su posición respecto al necesario fundamento ético de la actividad profesional del abogado, cuando afirma: "la Abogacía no se cimenta en la lucidez del ingenio, sino en la rectitud de la conciencia. Esa es la piedra angular; lo demás, con ser muy interesante, tiene caracteres adjetivos y secundarios"²⁹.

En el Estado de Derecho los valores constitucionales y los derechos fundamentales deben servir, también, de parámetro orientador de la conducta del abogado, que pretenda ejercer sus funciones bajo los auspicios de la excelencia. Esos valores y derechos tienen una inequívoca impronta axiológica experiencial, que ofrece la inspiración básica de lo que debe ser la conducta ética del abogado.

²⁷ OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma de la toga*, Reus Madrid, 2008 (1ª ed. 1919).

²⁸ *Ibíd.*, pp. 133 y ss.

²⁹ *Ibíd.*, pp. 37-38.

IV. ÉTICA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA Y DE LA JUSTICIA

Las normas deontológicas que deben regular el ejercicio profesional de la Abogacía, al igual que las reglas o códigos deontológicos de todas las demás actividades profesionales de los juristas, tienen como fin indeclinable servir al valor de la justicia. La justicia es el valor supremo que debe regir la actividad profesional de cualquier jurista. Constituye el fundamento y la razón de ser de todas las modalidades de actuación jurídica, vertebrada e informa su ejercicio y constituye el fin al que deben orientarse todas las formas y vivencias del quehacer de quienes han hecho del Derecho su profesión.

Esta orientación se halla correctamente expresada en el artículo 10.1 del nuevo Código Deontológico de la Abogacía española en el que se proclama que: "el deber fundamental de quien ejerce la Abogacía, como actor en la función pública de la Administración de Justicia, es participar en ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin de justicia al que la profesión se halla vinculada".

La deontología profesional de los juristas, y en concreto, la de los abogados, constituyen un conjunto de reglas éticas, dotadas de obligatoriedad jurídica, tendentes al logro del valor superior de la justicia. La relevancia e incidencia social que tiene la corrección de los comportamientos éticos de los abogados, es decir, el cumplimiento ético de sus responsabilidades y deberes de su actividad, en aras de la garantía de la justicia, han incentivado la actuación de los Colegios profesionales de la Abogacía encaminada a esa finalidad.

La importancia que reviste la deontología profesional de la Abogacía y que se ha visto reflejada en los códigos deontológicos de alcance europeo, nacional español, autonómico y de los distintos colegios, no ha tenido puntual reflejo en el estudio de estas normas deontológicas. Como indica Martínez Morán, "no se ha plasmado en disciplinas de ética profesional incorporadas a los «currícula» de las diferentes especialidades de los estudios universitarios o de enseñanza profesional"³⁰. Tal como recuerda este autor, el plan de estudios de 1953 de la carrera de derecho, vigente hasta el año 2000 en la mayoría de las universidades

³⁰ MARTÍNEZ MORÁN, N., op. cit., p. 202.

españolas, carecía de una disciplina en la que se estudiara la ética profesional de los juristas. En los nuevos planes de estudio surgidos en estos últimos años, tampoco se ha introducido una disciplina de deontología jurídica, o en los limitados casos en los que tal disciplina aparece, ha sido considerada como materia optativa.

Esa carencia sigue vigente en los nuevos Grados del Espacio Europeo (plan Bolonia). Denuncia, con razón Martínez Morán, que todavía hoy son muchas las Universidades y/o Facultades de Derecho, de los Distritos universitarios españoles, que carecen en sus Planes de Estudio de una disciplina de Deontología Profesional para juristas, o disciplinas similares. Esa carencia afectará, sin duda, a la calidad ética de los comportamientos de los profesionales del Derecho. De ello, concluye Martínez Morán que "el estudio de las diferentes normas de deontología profesional sigue siendo una asignatura pendiente en nuestras Universidades"³¹.

La ausencia de una materia de Deontología Jurídica, como disciplina obligatoria en los planes de estudio del Grado en Derecho, debe juzgarse una carencia grave. Una asignatura de Ética o Deontología Profesional debiera formar parte del *curriculum* académico de todos los estudios universitarios o profesionales, y, en particular de los estudios jurídicos, y de sus distintas especializaciones profesionales. Para paliar esta situación se ha incluido una Deontología Jurídica en los cursos de Master o del Doctorado de algunas de nuestras Universidades, aunque lo deseable, como se ha indicado, sería que esa materia constituyera una disciplina obligatoria en los estudios del Grado en Derecho.

Al abordar la actualidad que reviste la deontología jurídica en las sociedades de nuestro tiempo, se ha tenido ocasión de aludir a la importancia que estos estudios revisten como medio imprescindible para erradicar la corrupción, que es un cáncer de las sociedades democráticas. El compromiso de la Abogacía con la consecución de la justicia se plantea, en el presente, como una indeclinable lucha contra la corrupción en todas sus manifestaciones, sea en el propio ámbito del ejercicio profesional que le es propio, sea en su contribución a erradicarla de todos aquellos espacios de la vida social y política en los que la Abogacía cumple su cometido en los Estados de Derecho. En nuestro país puede afirmarse

³¹ *Ibíd.*, p. 204.

que sería necesaria una pedagogía o, si se quiere, una educación cívica que estimule desde los estudios primarios actitudes socialmente correctas, basadas en los principios de una sólida ética pública. El tema reviste especial urgencia en España, en cuya tradición la picaresca constituye un género literario genuino que ha gozado de gran favor popular. Esta circunstancia ha contribuido a generar una actitud condescendiente e, incluso, de simpatía hacia el pícaro, que, las más de las veces, es un personaje que hace de la corrupción su forma de vida.

El profesor Manuel Atienza, concluye su ensayo sobre *Ética de las profesiones jurídicas*, con el siguiente texto, en el que se manifiesta partidario de: "una concepción no positivista del Derecho que ve en el mismo no sólo un fenómeno autoritativo sino, sobre todo, una empresa con la que se trata de obtener ciertos fines y valores. No siempre es fácil alcanzarlos y a veces puede resultar imposible, pues nuestros Derechos son también ambiguos: están involucrados tanto en los procesos de liberación humana como en los de opresión. Por eso, lo que no puede hacer el abogado, el jurista, es desentenderse de la tensión moral que necesariamente caracteriza a las profesiones jurídicas"³². Convenimos plenamente con este aserto, porque, en cierto modo, tiene la virtualidad de compendiar el sentido que debe asumir cualquier deontología de las profesiones jurídicas y, en particular, la tarea de la Abogacía.

El estudio de la ética profesional de los juristas, en ocasiones, se ha visto ofuscado por exposiciones grandilocuentes y superficiales, carentes del menor sentido crítico y de cualquier conexión con la realidad. Urge, por tanto, promover aquellos enfoques que inciden en las cuestiones éticas reales y presentes en el ejercicio cotidiano de las profesiones jurídicas. Deberán proponerse, para el logro de este fin, pautas de orientación, que se hallen siempre dirigidas al combate por la justicia en una sociedad democrática.

En definitiva, la reflexión teórica y la actividad práctica tendentes a potenciar la inquietud deontológica entre los juristas y de forma especial entre los abogados, no hará sino subrayar la importancia incuestionable que asume la ética en el ejercicio de las profesiones jurídicas, para las que no puede ser concebida como un lujo o un ornamento, sino como una necesidad para todo jurista que quiera desarrollar su actividad de forma consciente y responsable.

³² ATIENZA, M., op. cit., p. 273.

LA TUTELA PROCESAL DE LOS DATOS PERSONALES EN ESPAÑA E IBEROAMÉRICA

Enrique César Pérez-Luño Robledo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

La Constitución española de 1978 establece, en su artículo 18.4, que: "La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Este derecho fundamental exigía el correspondiente desarrollo legislativo tendente a especificar y pormenorizar su significado, alcance e instrumentos de tutela.

A ese desarrollo se dirigió la promulgación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD).

Se intentaba, con dicha norma, evitar los abusos informáticos contra la intimidad, así como contra otros derechos fundamentales¹.

El desarrollo legislativo del artículo 18.4 CE fue necesario por la obligación adquirida tras la ratificación en 1984 del Convenio de protección de datos personales (108) de 1981 del Consejo de Europa, cuyo art.4 exige a los países signatarios establecer en su Derecho interno las normas necesarias para garantizar la eficacia de los principios consagrados en dicho texto. Asimismo, al *Acuerdo de Schengen*, suscrito inicialmente por Alemania, Francia y los países del Benelux en 1985 y desarrollado por un Convenio de aplicación de 19 de Junio de 1990, al que se adhirieron otros Estados de la Unión Europea (España, Italia, Grecia, Portugal...). Dicho tratado internacional se refiere a la supresión gradual de controles

¹ Cfr., GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *La protección de los datos personales en el Derecho español*, con Prólogo, de A.E. Pérez Luño, Universidad Carlos III & Dykinson, Madrid, 1999, pp. 27 y ss.; id., *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2ª, ed., 2009, pp. 36 y ss.; PÉREZ LUÑO, A.E., "La LORTAD y los derechos fundamentales", en *Derechos y Libertades*, 1993, nº 1, pp. 405 y ss.

entre las fronteras comunes de los países signatarios. Para ello, se regula el flujo de informaciones personales en función de la cooperación policial. El objetivo principal del Sistema de Información Schengen (SIS) es la comunicación de informaciones para el control de las personas "indeseables" y/o "inadmisibles" dentro de las fronteras del "espacio Schengen". Para el logro de ese objetivo entró en funcionamiento una gran base de datos policiales situada en Estrasburgo y sometida a la legislación francesa de protección de datos personales. Al igual que el Convenio del Consejo de Europa exige que para la transmisión de esas informaciones existan en cada país receptor normas internas sobre protección de datos personales que satisfagan los principios del Convenio del Consejo de Europa (arts. 117 y 126)².

En fecha posterior, la Unión Europea elaboró la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de julio de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. En dicha Directiva se pretende armonizar la fluidez de la transmisión de datos en el seno de la Unión Europea para la mayor eficacia de los poderes públicos y desarrollo del sector privado, con la defensa de los datos personales. Para ello se prevé la existencia en cada Estado miembro de una autoridad independiente para garantizar la tutela de los datos personales y velar por la aplicación correcta de la Directiva (art. 28). Asimismo se contempla la existencia de una autoridad comunitaria denominada Grupo de protección de las personas que estará integrada por representantes de las autoridades de control nacionales y un representante de la Comisión, los cuales contribuirán a la interpretación homogénea de las normas nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, así como informarán a la Comisión de los conflictos que puedan surgir entre la legislación y las prácticas de los Estados miembros en materia de protección de datos personales (arts. 30 y 31). La Directiva establece la expresa

² Cfr.: LOSANO, M.G., *Il Trattato di Schengen e le frontiere europee* en "Data Manager", 1991, n. 114, pp. 27 y ss.; PÉREZ LUÑO, A.E., *La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español*, en el nº 17 monográfico de "ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales", sobre *Informática y Derecho*, 1989, pp. 27 y ss.; id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. con M.G. Losano y M.F. Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 163 y ss.; SÁNCHEZ BRAVO, A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, pp. 164 y ss.

obligación de los Estados miembros de adaptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para incorporar su texto y darle cumplimiento en los respectivos ordenamientos internos (art. 32)³.

La LORTAD tuvo una vigencia efímera. Apenas siete años separan la fecha del 29 de octubre de 1992 en que fue promulgada de la del 13 de diciembre de 1999 en la que se produjo su derogación a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPRODA). Esta nueva Ley nació para el cumplimiento y adaptación al ordenamiento jurídico español de lo dispuesto en la mencionada Directiva 95/46 UE.

El 27 de abril de 2016 el Parlamento y el Consejo de la UE aprobaron tres textos normativos básicos para la protección y el tratamiento de los datos personales en el seno de la UE. Se trata del Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de protección de datos) y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE; la Directiva 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo; y la Directiva 2016/681 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR)

³ Cfr.: ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 275 y ss.

RIPOL CARULLA, S., *El proyecto de Directiva comunitaria sobre protección de datos: una valoración española*, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho* (Mérida, septiembre 1992) publicadas en "Informática y Derecho", 1994, vol. 4, pp. 321 y ss.

SÁNCHEZ BRAVO, A., "El tratamiento automatizado de bases de datos en el marco de la Comunidad Económica Europea: su protección", *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, Nº 4, 1994, pp. 341 y ss.

SÁNCHEZ BRAVO, A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, pp. 123 y ss.

SÁNCHEZ BRAVO, A., *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*, con Prólogo de A.E. Pérez Luño, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, pp. 73 y ss.

PÉREZ LUÑO, A.E., *El concepto de interesado en la Directiva Comunitaria 95/46*, en el vol. col. *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)*, Escuela judicial & Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 13 y ss.

para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

Tras más de veinte años de vigencia de la Directiva 95/46, en el que ha cumplido una función relevante para la tutela de los datos personales en el ámbito europeo, se ha culminado ahora el proceso de su necesaria renovación para adaptar la normativa de la UE a las nuevas exigencias y requerimientos de nuestro tiempo.

Para cumplir con ese reto con fecha de 17 de diciembre de 2015 el Comité de Libertades Civiles del Consejo y del Parlamento de la UE, aprobó con 48 votos a favor, 4 votos en contra y 4 abstenciones, una redacción definitiva de los textos del Reglamento y las Directivas de protección de datos. En dicha redacción los aspectos más innovadores respecto a los Proyectos aquí estudiados son los que hacen referencia a un reforzamiento de la posición de los particulares frente a los datos personales almacenados por sociedades multinacionales, con inclusión expresa de su oposición a que esos datos puedan ser utilizados o transmitidos al margen de los supuestos que han autorizado la inclusión en sus ficheros, así como el reconocimiento expreso del derecho al olvido.

Representa un rasgo novedoso de la nueva normativa su propósito de garantizar que el responsable del tratamiento de datos personales responda de la seguridad de la red y de la información, es decir la capacidad de una red o de un sistema de información para resistir, en un nivel determinado de confianza, a acontecimientos accidentales o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos personales conservados o transmitidos, y la seguridad de los servicios conexos ofrecidos por, o accesibles a través de, estos sistemas y redes, por parte de autoridades públicas, equipos de respuesta a emergencias informáticas (CERT), equipos de respuesta a incidentes de seguridad informática (CSIRT), proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y proveedores de tecnologías y servicios de seguridad. Con todo ello, se refuerzan también las garantías de los titulares de los datos personales frente a nuevas formas de agresión a los equipos informáticos que pudieran redundar en una vulneración de los datos que les conciernen.

El Reglamento ahora aprobado, trata de arbitrar fórmulas para facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos, incluidos los mecanismos para solicitar y, en

su caso, obtener de forma gratuita, en particular, el acceso a los datos personales y su rectificación o supresión, así como el ejercicio del derecho de oposición. El responsable del tratamiento también debe proporcionar instrumentos para que las solicitudes se presenten por medios electrónicos, en particular cuando los datos personales se tratan por medios electrónicos.

La actualidad y repercusión mediática del denominado “caso Google”, Sentencia del 13 de mayo de 2014 del Tribunal de Justicia de la UE, ha motivado un especial interés del legislador europeo en la regulación del “derecho al olvido”.

Así, el Reglamento establece que los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un “derecho al olvido” si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento. En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento.

Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho, aunque ya no sea un niño. Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Para una mayor garantía jurídica del “derecho al olvido” en el entorno *on-line*, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los

responsables del tratamiento que estén elaborando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales.

En la medida en que en una sociedad democrática sea necesario y proporcionado para salvaguardar la seguridad pública, incluida la protección de la vida humana especialmente en respuesta a catástrofes naturales u ocasionadas por el hombre, la prevención, investigación, y el enjuiciamiento de infracciones penales o de violaciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas, otros intereses públicos de la Unión o de un Estado miembro, especialmente un importante interés económico o financiero de la Unión o de un Estado miembro, o la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros, el Derecho de la Unión o la legislación de los Estados miembros pueden imponer restricciones a determinados principios y a los derechos de información, acceso, rectificación y supresión o al derecho a la portabilidad de los datos, al derecho a oponerse, a las medidas basadas en la elaboración de perfiles, así como a la comunicación de una violación de datos personales a un interesado y a determinadas obligaciones afines de los responsables del tratamiento.

La Directiva 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, permite el establecimiento de un marco de protección de datos que garantiza un alto nivel de protección de los derechos de los individuos a la vez que se respeta la naturaleza específica del ámbito de cooperación policial y judicial en materia criminal.

Su finalidad principal se cifra en conseguir que los datos personales utilizados dentro del ámbito de cooperación policial y judicial en materia criminal, sean tratados de modo que se garantice un nivel adecuado de seguridad y confidencialidad, en particular impidiendo el acceso sin autorización a dichos datos o el uso no autorizado de los mismos y del equipo utilizado en el tratamiento,

teniendo en cuenta el desarrollo técnico existente y la tecnología, los costes de ejecución con respecto a los riesgos y la naturaleza de los datos personales que deban protegerse.

El nuevo marco regulatorio europeo establecido por esta Directiva pretende asegurar una protección de datos consistente y de alto nivel para mejorar la confianza mutua entre las autoridades policiales y judiciales de los diferentes Estados miembros de la UE, contribuyendo así a una mayor libertad de flujo de datos y una efectiva colaboración entre las autoridades policiales y judiciales.

Esta Directiva, al igual que el Reglamento, hallaron su fundamento en el artículo 16, apartado 2, del Tratado de Lisboa, que es una nueva base jurídica específica para la adopción de normas relativas a la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal por parte de las instituciones, órganos y organismos, y por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y de normas relativas a la libre circulación de estos datos.

En definitiva, esta nueva Directiva de la UE, se propone garantizar un nivel uniforme y elevado de protección a las personas físicas titulares de los datos. Al propio tiempo, desea conjugar esta finalidad garantista con el reforzamiento de la confianza mutua entre las autoridades policiales y judiciales de los distintos Estados miembros y facilitando la libre circulación de datos y la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales.

En la misma fecha que el Reglamento y la Directiva ya analizados, la UE promulgó la Directiva 2016/681 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. Este texto normativo tiene su antecedente en el "Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano", que data del año 2010 y fue elaborado por el Consejo Europeo.

El objeto de esta nueva Directiva consiste entre otras cosas, en garantizar la seguridad, proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos y crear un marco jurídico para la protección de los datos PNR en lo que respecta a su tratamiento por las autoridades competentes.

En este texto se establecen algunas garantías básicas en materia de protección de datos. Entre ella, reviste especial interés la que en el ámbito del tratamiento de los datos PNR, hace referencia a que los Estados miembros velarán para que el responsable de la protección de datos tenga acceso a todos los datos tratados por la UIP (unidad única de información sobre los pasajeros). Si el responsable de la protección de datos considera que el tratamiento de un dato cualquiera no ha sido lícito, podrá remitirlo a la autoridad nacional de control (art. 6.7).

En definitiva, se ofrece una garantía general del sistema consistente en la obligación de los Estados de la UE para velar por que sus UIP apliquen las medidas y los procedimientos técnicos y organizativos adecuados para garantizar el elevado nivel de seguridad correspondiente a los riesgos que entrañen el tratamiento y las características de los datos PNR (art. 13.7).

Como balance de las nuevas disposiciones de la UE en materia de protección de datos puede afirmarse que el Parlamento y el Consejo europeos han tratado de establecer unas medidas y mecanismos de garantía de los datos personales tratando que las mismas no se vean afectadas por la necesidad de los Estados de responder a los atentados terroristas y las actividades de la criminalidad internacional organizada. La grave inquietud cívica y política que motivaron los últimos atentados terroristas perpetrados en Europa por organizaciones vinculadas al fundamentalismo islámico han creado un síndrome de alarma entre los ciudadanos de Europa. Hace algunos años el sociólogo alemán Ulrich Beck⁴ definió a las sociedades actuales como "sociedad del riesgo". En los momentos actuales parece que nos hallamos ante una situación en la que podría hablarse de unas "sociedades del miedo". Esta nueva circunstancia obliga a los poderes públicos europeos a tomar medidas de protección y seguridad, pero ese tipo de medidas no puede vaciar de contenido las garantías de la libertad que constituyen el fundamento axiológico de la propia UE. Por ello, en los textos aquí analizados se advierte esa búsqueda de un equilibrio adecuado entre las medidas de seguridad que requieren las sociedades actuales para luchar contra el terrorismo y la criminalidad y la tutela de las libertades que, en las sociedades tecnológicas europeas, tiene un capítulo de decisiva importancia en la garantía de los datos personales y, en concreto del *habeas data*.

⁴ BECK, U., "La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida", Trad. Cast., Paidós, Barcelona, 2008.

En España la adaptación de estas normas emanadas por la UE en el año 2016 han supuesto la aprobación por las Cortes Generales españolas de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

La recepción jurídica de la tutela de los datos personales ha tenido un desarrollo especialmente relevante en el constitucionalismo iberoamericano contemporáneo. La recepción en estos países de las normas constitucionales de España y Portugal sobre la defensa de la intimidad frente a la informática, han producido una experiencia normativa específicamente dedicada a la tutela constitucional de la protección de datos. Por la actualidad e interés de estas manifestaciones del Derecho comparado a protección de datos, así como por no haber sido objeto, todavía de una atención doctrinal en la bibliografía jurídica española, se apuntarán aquí algunas de las manifestaciones básicas de dicha experiencia normativa constitucional. Además, la recepción de dicha tutela a la protección de datos en el constitucionalismo latinoamericano constituye el marco más amplio y relevante en la recepción de esta categoría jurídica en el Derecho constitucional comparado. Ello se debe, en gran medida, a las reformas de los textos constitucionales y a los periodos constituyentes iniciados en Iberoamérica tras el derrocamiento de las dictaduras militares y la consiguiente instauración de Estados de Derecho. Por este motivo, estas nuevas Constituciones han prestado especial atención a la garantía de los derechos fundamentales, así como a elaborar un sistema de derechos y libertades acorde con las nuevas exigencias de la sociedad actual que, es la sociedad de las NT y las TIC. Por todo ello, la protección de datos personales, como instituto característico de los derechos de la tercera generación, ha tenido cumplida y detallada reglamentación en los renovados textos constitucionales de las Repúblicas latinoamericanas.

Así, en la Constitución de Guatemala de 1985, se dispuso: art. 31. "Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos".

Dos años más tarde, en 1987, la Constitución de Nicaragua proclamó: art. 26. "Toda persona tiene derecho: 1. A su vida privada y la de su familia. 2. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo

tipo. 3. Al respeto de su honra y reputación. 4. A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información”⁵.

Un año más tarde, la Constitución del Brasil de 1988 modificará esa tendencia de establecer únicamente un derecho de control sobre los datos o pregonar que la informática no deberá afectar a la intimidad de las personas, y sin establecer los principios relativos al tratamiento de los datos ni reconocer un derecho al control de los mismos, regulará la garantía específica de acceso a los datos personales, utilizando expresamente la terminología de “*habeas data*”. Así, se declara en el art. 5. LXXII. “Se concederá *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para rectificar datos, cuando no se prefiriera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo”. A su vez, en el precitado artículo 5, apartado LXXVII, se prescribe: “Son gratuitas las acciones de *habeas corpus* y *habeas data* en la medida que la ley disponga los actos necesarios para el ejercicio de la ciudadanía. 1. Serán de aplicación inmediata las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales. 2. Los derechos y garantías indicados en esta Constitución no excluyen otras que deriven del régimen y principios adoptados por ella o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”. Además de estas normas, que regulan el núcleo esencial del *habeas data* brasileño, la Constitución brasileña trae otras, reguladoras de aspectos secundarios, relativos a la competencia judicial para el enjuiciamiento de acciones de este tipo.

La Constitución brasileña no traza un dispositivo autónomo que contemple el derecho de conocer y de rectificar datos personales, sino que ese derecho es otorgado en la misma disposición normativa que instituye los instrumentos de su tutela. La norma constitucional tuvo, por tanto, una finalidad de garantía procesal de la situación jurídica de los afectados por injerencias indebidas en sus datos personales.

⁵ Sobre la regulación de *habeas data* en Guatemala y Nicaragua, vid.: PIZZOLO, C., “El *habeas data* en el Derecho constitucional latinoamericano”, en el vol. col. *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, a cargo de GOZAINI, O. A., EDIAR, Buenos Aires, 2001, pp. 65 y ss.

Según los comentaristas de este texto, el precepto constitucional tendía a la tutela de los ciudadanos frente a las informaciones manipuladas y ocultas en los archivos de inteligencia gubernamental, por lo general distorsionadas u obtenidas por métodos arbitrarios. La protección de datos fue incorporada a la Constitución brasileña de 1988 como consecuencia de la proyección de las disposiciones sobre protección de datos personales contenidas en la Constitución de Portugal de 1976, las cuales fueron establecidas, en gran medida, con el fin de permitir el acceso a las informaciones que se encontraban en poder de la arbitraria y violenta policía política, creada por Oliveira Salazar.

De manera similar, en la Policía brasileña y el Servicio Nacional de Informaciones se ocupaban de determinar quiénes eran los opositores al régimen de facto que culminó en 1985, y de perseguirlos. Por ello, con la misma finalidad que motivó la incorporación de la norma portuguesa, y en la inteligencia de facilitar el ingreso a tales archivos y permitir actuar sobre ellos, se consagró la tutela de los datos personales.

Una vez promulgada la norma constitucional, el ya citado artículo 5, apartado LXXII, fue desarrollado por vía reglamentaria diez años más tarde⁶.

La Constitución colombiana de 1991 incorporó reglas relativas al tratamiento de datos personales, aunque no siguió el esquema brasileño, estableciendo: art. 15. "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución".

El derecho reconocido en el art. 15 fue defendido rápida y reiteradamente a través de la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la Constitución, y debido al sistema mixto de control de constitucionalidad imperante en ese país, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de emitir una buena cantidad de

⁶ CRETELLA JUNIOR, J., *Os "writs" na Constituição de 1988*, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 1989, pp. 133 y ss.; LOPES MEIRELLES, H., *Mandado de segurança, ação popular, habeas data*, Malheiros Editores, São Paulo, 1991, pp. 153 y ss.

fallos sumamente valiosos donde desarrolla muy puntualmente –a falta de una ley especial– los principios que deben respetarse en el tratamiento de datos personales.

Un año después, la Constitución paraguaya de 1992 incorpora la siguiente previsión: art. 135. “Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”.

La norma fue incluida a partir de la propuesta de una comisión formada por investigadores, magistrados y docentes, que tomaron al instituto de la disposición contenida en el art. 31 de la Constitución guatemalteca y de las reglas incorporadas en la Carta brasileña de 1988 y la Constitución colombiana de 1991.

Entre las motivaciones que llevaron a aprobar el texto paraguayo, se tuvieron presente aquellas que impulsaron la tutela de los datos personales en el Brasil. Se quiso evitar que las informaciones en poder de la Policía no quedaran fuera de control por parte de las personas concernidas, con la consiguiente tutela judicial de éstas⁷.

En la Constitución peruana de 1993, se tipifica el *habeas data* como una acción y define, aparte el contenido del derecho a la protección de los datos personales.

Así, dispone dicha Constitución, en su art. 200 que: “Son garantías constitucionales... 3) La acción de *habeas data*, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el art. 2° de la Constitución”. Dicho artículo

⁷ En relación con las disposiciones constitucionales de Colombia y Paraguay reguladoras del *habeas data*, cfr. PUCCINELLI, O. R., “El *habeas data* en las Constituciones indoamericanas. Marco constitucional, jurisprudencial y legislación argentina”, en el vol. col. *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, a cargo de GOZAINI, O. A., EDIAR, Buenos Aires, 2001, pp. 93 y ss.

establece que: ... "5) Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga su pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. 6) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar. 7) Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias...".

Esta reglamentación constitucional puede considerarse como novedosa y acertada, en especial, porque incluye al *habeas data*, cuya misión es la de acceder a información pública, por parte de las personas cuyos datos personales se hallan archivados en ficheros administrativos. Un sector de la doctrina, no obstante, criticó dicha disposición por su excesiva amplitud. A las críticas de la doctrina se le sumó las de los medios de comunicación, que entendían coartada su libertad de expresión por una garantía excesiva y casi exorbitante del derecho al honor y a la intimidad, en detrimento de la libertad informativa.

Las presiones fueron tales que el propio legislador constitucional autor de la norma fue quien propició la reforma de la Constitución en este aspecto. Como lo indica Francisco Eguiguren Praeli, esas críticas provocaron la reforma constitucional operada por la ley 26.470 y promovida por el partido mayoritario parlamentario. Tras dicha reforma constitucional, se suprimió la posibilidad de recurrir al *habeas data* como acción procesal para la rectificación de informaciones de los medios de comunicación. No obstante, dicha institución se mantuvo como derecho de acceso a los datos personales contenidos en archivos informáticos públicos, por parte de las personas concernidas⁸.

Quedó así estructurado el *habeas data* como acción procesal para acceder a los datos personales y como vía para controlar la información pública, dicha regulación constitucional, resulta de indiscutible utilidad para la defensa de los

⁸ EGUIGUREN PRAELI, F., "El *habeas data* y su desarrollo en el Perú", ponencia presentada en el *Seminario Internacional sobre la Acción de Habeas data*, organizado por la Universidad de Talca, Chile, entre el 9 y 11 de abril de 1997. Publicada en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 1997, n. 51, pp. 308 y ss.; ORTECHO VILLENNA, V.J. *Jurisdicción y Procesos constitucionales. Habeas Corpus y Amparo. Habeas data, Acción popular. Acción de Cumplimiento. Inconstitucionalidad*, Editorial Rhodas, Lima, 2003, pp. 179 y ss.

derechos fundamentales, en especial de la intimidad, frente a los principales tipos de injerencia y abusos perpetrados por una indebida utilización de los sistemas informáticos públicos.

La regulación constitucional peruana influyó en los subsiguientes textos constitucionales promulgados en Iberoamérica, a partir de entonces.

A poco de dictada la Constitución peruana, y en medio de los debates doctrinales y políticos que sobre ella tuvieron lugar, en 1994 se produce la reforma constitucional argentina y el *habeas data* fue incluido, aunque sin ser rotulado así, como acción y como subtipo de amparo en el art. 43, tercer párrafo, de la nueva Constitución de la República de Argentina.

El mencionado art. 43 de la Ley Superior Argentina prescribe: "... Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

La norma ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial, con fallos en especial los resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que le han otorgado una amplitud al instituto y lo han llevado a exceder considerablemente los contornos establecidos en el art. 43 constitucional. Inclusive, ha sido objeto de permanente debate en el Congreso nacional, donde varios proyectos han sido tratados, y de los dos que obtuvieron sanción por el Congreso, el primero fue objeto de veto total presidencial, y el segundo, sancionado el 4 de octubre de 2000 se convirtió en ley, aunque sufrió un veto parcial en aspectos que no afectan a la dimensión procesal del *habeas data*⁹.

⁹ Cfr.: FLORES DAPKEVICIUS, R., *Amparo habeas corpus y habeas data*, Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 130 y ss.

PALAZZI, P. A., "EL *habeas data* en el Derecho constitucional argentino", en el vol., col., *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, a cargo de GOZAINI, O. A., EDIAR, Buenos Aires, 2001, pp. 25 y ss.

PIERINI, A., LORENCES, V., TORNABENE, M.I., *Habeas data. Derecho a la intimidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, pp. 65 y ss.

En 1997, La República del Ecuador reformó su Constitución. Entre los aspectos innovadores de dicha reforma, destaca la disposición constitucional que establece en el artículo 30, la tutela de los datos personales en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como conocer el uso que se haga de ellos y su finalidad". "Igualmente, podrá solicitar ante el funcionario o juez competente la actualización, rectificación, eliminación o anulación de aquéllos si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos". "Se exceptúan los documentos reservados por razones de seguridad nacional".

Esta norma constitucional fue objeto de un desarrollo reglamentario por la Ley del Control Constitucional que data también de 1997.

Un año después, en 1998, se sucede una nueva reforma constitucional y se regula la protección de los datos personales en los siguientes términos: art. 94. "Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional".

La norma ha tenido hasta el momento escaso uso, atento a ser reciente y a la carencia de antecedentes jurisprudenciales que provocaran un desarrollo específico.

En 1999, la ahora "República Bolivariana de Venezuela" reforma su Constitución, e inserta las siguientes previsiones: art. 27. "Todos tienen derecho a ser amparados por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos".

“El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto”.

A su vez, se proclama en el art. 28 que: “Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

Se alude también a la protección de datos personales, cuando se regulan las atribuciones del Defensor del Pueblo. Así, el art. 281 prescribe: “Son atribuciones del Defensor del Pueblo... 3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley”.

Esta norma tiene a su favor algunos aspectos que deben considerarse acertados en la reglamentación del *habeas data*. En primer término, el de ampliar la acción de *habeas data* a la información de datos personales contenidos en ficheros informatizados privados, no restringiéndola a los de titularidad pública. Es sabido que la agresión a la intimidad, perpetrada desde soportes informáticos, no es privativa del sector público, sino que puede partir de personas o entidades privadas, sin que sus efectos sean menos lesivos para la garantía de los datos personales, que aquellas que parten de abusos administrativos. En segundo lugar, el de extender la garantía de confidencialidad de la fuente de la información a otras profesiones distintas del periodismo, y en tercer lugar, que constituye una novedad distintiva, el reconocimiento de la facultad del Defensor del Pueblo de interponer la acción de *habeas data*¹⁰.

¹⁰ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., “El procedimiento de *habeas data*: El derecho procesal ante las nuevas tecnologías”, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 133 y ss.

Además de los países mencionados, otros países latinoamericanos que no cuentan con el diseño de una garantía específica en el plano constitucional, como Costa Rica, Chile y México han promulgado leyes relativas al tratamiento de datos personales.

Del análisis crítico de las experiencias normativas que conforman actualmente la tutela procesal de los datos personales en España e Iberoamérica, así como de las elaboraciones doctrinales que han sido objeto de estudio en el curso de este trabajo, se puede concluir la novedad, la relevancia presente y la proyección futura de esta categoría jurídica.

Bibliografía

ARENAS RAMIRO, M., El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BECK, U., La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida, Trad. Cast., Paidós, Barcelona, 2008.

CRETELLA JUNIOR, J., Os "writs" na Constituição de 1988, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 1989.

EGUIGUREN PRAELI, F., "El habeas data y su desarrollo en el Perú", ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre la Acción de Habeas data, organizado por la Universidad de Talca, Chile, entre el 9 y 11 de abril de 1997. Publicada en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, n. 51.

FLORES DAPKEVICIUS, R., Amparo habeas corpus y habeas data, Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., La protección de los datos personales en el Derecho español, con Prólogo, de A.E. Pérez Luño, Universidad Carlos III & Dykinson, Madrid, 1999.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2009.

- LOPES MEIRELLES, H., Mandado de segurança, ação popular, habeas data, Malheiros Editores, Sao Paulo, 1991.
- LOSANO, M. G., Il Trattato di Schengen e le frontiere europee en "Data Manager", 1991, n. 114.
- ORTECHO VILLENA, V.J. Jurisdicción y Procesos constitucionales. Habeas Corpus y Amparo. Habeas data, Acción popular. Acción de Cumplimiento. Inconstitucionalidad, Editorial Rhodas, Lima, 2003.
- PALAZZI, P. A., "EL habeas data en el Derecho constitucional argentino", en el vol., col., La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data, a cargo de GOZAINI, O. A., EDIAR, Buenos Aires, 2001.
- PEREZ LUÑO, A.E., "La LORTAD y los derechos fundamentales", en Derechos y Libertades, 1993, nº 1.
- PÉREZ LUÑO, A.E., El concepto de interesado en la Directiva Comunitaria 95/46, en el vol. col. La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos), Escuela judicial & Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- PÉREZ LUÑO, A.E., La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español, en el nº17 monográfico de "ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales", sobre Informática y Derecho, 1989.
- PÉREZ LUÑO, A.E., Libertad informática y leyes de protección de datos personales, en colab. con M.G. Losano y M.F. Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., El procedimiento de habeas data: El derecho procesal ante las nuevas tecnologías, Dykinson, Madrid, 2017.
- PIERINI, A., LORENCES, V., TORNABENE, M.I., Habeas data. Derecho a la intimidad, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.

PIZZOLO, C., "El habeas data en el Derecho constitucional latinoamericano", en el vol. col. La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data, a cargo de GOZAINI, O. A., EDIAR, Buenos Aires, 2001.

PUCINELLI, O. R., "El habeas data en las Constituciones indoamericanas. Marco constitucional, jurisprudencial y legislación argentina", en el vol. col. La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data, a cargo de GOZAINI, O. A., EDIAR, Buenos Aires, 2001.

RIPOL CARULLA, S., El proyecto de Directiva comunitaria sobre protección de datos: una valoración española, en Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho (Mérida, septiembre 1992) publicadas en "Informática y Derecho", 1994, vol. 4.

SÁNCHEZ BRAVO, A., "El tratamiento automatizado de bases de datos en el marco de la Comunidad Económica Europea: su protección", Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático, N° 4, 1994.

SÁNCHEZ BRAVO, A., Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos, con Prólogo de A.E. Pérez Luño, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.

SÁNCHEZ BRAVO, A., La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.

DE NUEVO SOBRE LAS FACULTADES DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

M.^a Ángeles Pérez Marín

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. EL PROCESO CIVIL COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. II. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DISPOSITIVO. 1. El control del tribunal sobre los actos de disposición. 2. Los actos dispositivos y la imposición de costas. III. SOBRE EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE. 1. La vinculación entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte: la aportación de hechos. 2. El control del tribunal sobre la prueba. A) Facultades específicas del tribunal en la admisión de la prueba. B) Las diligencias finales. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. EL PROCESO CIVIL COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El proceso civil es el instrumento que el Estado pone a disposición del justiciable para solucionar, a través del pronunciamiento de un tribunal jurisdiccional, el conflicto surgido en las relaciones privadas. Es, dicho de otro modo, el medio que permite al actor ejercitar su derecho a la tutela judicial, instando del juzgador una resolución ajustada a derecho de la controversia en la que es parte junto con el demandado. Además, como consecuencia de la interposición de la demanda, aquella disputa privada pasa a ser una relación litigiosa, o procesal, y será discutida en un contexto público: el proceso.

Sin embargo, hoy no es posible afirmar que el proceso civil sea la única vía para zanjar las desavenencias. El propio devenir de la sociedad ha llevado al legislador a promover diferentes métodos que se denominan, de forma genérica, *vías alternativas de resolución de conflictos*, y que pretenden superar los inconvenientes que aquejan al proceso, especialmente su duración, en ocasiones excesiva, así como los costes económicos y personales del mismo.

El arbitraje, si atendemos a uno de los sistemas de ADR con más tradición en nuestro ordenamiento, permite que los particulares sometan la cuestión que les enfrenta a la decisión de un árbitro, o de un tribunal arbitral, caracterizados por no ser –en el caso del árbitro– o no estar constituido –en el caso del tribunal arbitral– por jueces profesionales, tal y como establece el art. 15 de la Ley 60/2003¹. Por otro lado, de la conciliación y, más recientemente, de la mediación, como alternativa más novedosa, se predicen un conjunto de bondades que permiten agilizar la solución del problema a través de un acuerdo de las partes. Podemos decir que, en ambos supuestos –mediación² y conciliación³–, la voluntad de los afectados es un elemento imprescindible para resolver la cuestión litigiosa ya que requieren que asuman las consecuencias del convenio al que ellos mismos llegan con ayuda del mediador o que acojan las medidas propuestas por el conciliador. De hecho, la voluntad de las partes no solo queda reflejada en la clara intención de encontrar un resultado eficaz –despojada de aquellas connotaciones negativas del proceso–, que les beneficie o que, al menos, no les perjudique, sino en el compromiso de admitir y cumplir libremente las obligaciones que se derivan de los pactos a los que pudieran llegar. Pese a lo anterior, determinadas materias o asuntos, aun siendo de naturaleza privada, no pueden –o no deben– ser resueltos a través de estos medios alternativos, por lo que, como sucede en las conocidas como materias no dispositivas, la vía procesal se revela como la única forma de poner fin al problema⁴.

Pero resulta paradójico que las ventajas que se atribuyen a estos novedosos métodos alternativos se sostienen sobre la actividad jurisdiccional y sobre

¹ Art. 15.1: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal.

Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista”.

² Sobre la mediación véase PÉREZ LUÑO-ROBLEDO, E.C., “La mediación como proceso”, en *La mediación como método para la solución de conflictos* (Cabrera Mercado, R., Quesada López, P.M., Dir.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 47-60; CASTILLEJO MANZANARES, R., “La mediación”, en *Tratado sobre la disposición del proceso civil* (Noya Ferreiro, M., Rodríguez Álvarez, A., Castillejo Manzanares, R., Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 497-601.

³ Vid. SERRANO MASIP, M., “La conciliación”, en *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, op. cit., pp. 415-496.

⁴ Piénsese en los procesos para declarar la incapacidad o en las separaciones y divorcios que afectan a menores, en los procesos de filiación, paternidad o maternidad, entre otros.

el proceso que inicialmente se pretendían evitar. Efectivamente, el legislador es consciente de que estos instrumentos que invocamos como una forma eficaz de reducir la litigiosidad, y que muchos ven como la panacea que vendrá a superar “los males” del proceso, no siempre permiten llegar a un acuerdo a pesar de que las partes se encuentren absolutamente involucradas en la solución que se busca y, cuando la solución se logra, las obligaciones que aquellas se autoimponen o aceptan no necesariamente son cumplidas. La mera posibilidad de que ello fuera así, empujaba al legislador a buscar una fórmula que evitara la ineficacia del resultado. Una opción hubiera sido remitir a las partes a la vía procesal, ya para incoar un proceso en el que se reclamase una solución *ex novo*, esto es, apartando el resultado logrado en la vía extrajudicial, ya solicitando su homologación. En los dos casos, las partes quedarían sometidas al proceso declarativo que intentaban esquivar, si bien el asunto sería finalmente resuelto mediante una decisión jurisdiccional que presentaría, como ventaja, su fuerza ejecutiva.

Ahora bien, imponer de forma obligatoria la vía procesal para resolver el problema, cuando con anterioridad se alcanzó una solución, hubiera sido tanto como reconocer el fracaso de unos métodos alternativos que el propio legislador vino a promocionar e implicaba someter a las partes a un doble recorrido, extrajudicial y judicial, que se verían forzadas a transitar hasta resolver la controversia en la que se encontraran envueltas. Era necesario, pues, hallar una propuesta intermedia satisfactoria para que el acuerdo extrajudicial pudiera tener eficacia sin necesidad de tramitar un proceso declarativo posterior que sujetase a ambas partes al cumplimiento.

Dotar de fuerza ejecutiva a aquellas resoluciones que incorporasen los pactos de la mediación y de la conciliación, igual que ya ocurría con los laudos arbitrales, permitiría reforzar los métodos alternativos y facilitar el cumplimiento de las obligaciones nacidas al amparo de estas vías. Por ello, el legislador incorporó al catálogo de títulos judiciales del art. 517 LEC los documentos que recogen los acuerdos de partes, ya sean estos las resoluciones judiciales o del LAJ que ratifican el pacto alcanzado en la conciliación, ya la escritura notarial en la que se elevan a públicas las decisiones tomadas en la mediación⁵.

⁵ El art. 23.3 de la *Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, establece que el mediador deberá informar a las partes de la posibilidad de elevar la mediación a escritura pública, documento al que se reconoce fuerza ejecutiva en el art. 517 LEC. De la misma forma, el art. 147.1

La confianza de poder acudir directamente a la ejecución para exigir el cumplimiento del laudo, del acuerdo de conciliación o de la escritura pública de la mediación fortalece claramente la validez de estos “nuevos” sistemas, pero la jurisdicción, como aval del acatamiento de las obligaciones contraídas, pone de manifiesto que una de las razones del éxito de los métodos alternativos no es sino el respaldo que supone la vía jurisdiccional que se abre ante el incumplimiento. Es, por tanto, curioso que la certidumbre de los nuevos métodos alternativos se sostenga en un sistema jurisdiccional que se considera lento y escasamente operativo y que la garantía del cumplimiento de la obligación contraída proceda de la vía procesal de la que las partes querían prescindir.

II. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

El desarrollo del proceso civil está rodeado de un conjunto de garantías que refuerzan los derechos reconocidos a las partes intervinientes. Además, los diferentes principios instaurados por el legislador que, directamente vinculados con la naturaleza de la pretensión planteada, permiten diferenciar varios tipos de proceso, determinan las posibilidades de actuación que corresponden a las partes en cada uno de ellos.

Con carácter general solemos decir que el proceso civil gira en torno al principio dispositivo, que otorga a las partes un conjunto de facultades que pueden ser ejercitadas según su propio criterio, respetando, no obstante, ciertos presupuestos cuya observancia procura impedir que la actividad cause algún tipo de perjuicio a terceros o al interés común. Al mismo tiempo, las conductas de las partes en el proceso civil se caracterizan por su aparente amplitud, hasta el punto de que podemos hablar de poderes de disposición como expresión de la

de la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* afirma la fuerza ejecutiva al acta que recoge el acuerdo de conciliación, junto con el decreto del secretario o el auto del Juez de Paz, a los efectos previstos en el art. 517.2.9º LEC; los acuerdos de conciliación protocolizados por Notarios mediante escritura pública tendrán fuerza ejecutiva, en el sentido previsto por el art. 83.1 de la *Ley del Notariado* que, igualmente, remite al art. 547.2.9º LEC. Sin embargo, con respecto a la conciliación registral, el legislador no se ha pronunciado sobre la fuerza ejecutiva del certificado de avenencia, probablemente porque “la conciliación registral queda limitada al estricto ámbito de la inscripción registral, sin que posea en principio mayor repercusión fuera de esta” (SANTOS MARTÍNEZ, A.M., “La conciliación tras la entrada en vigor de la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 38, 2016, esp. p. 31).

que se infiere, casi mejor que del propio término “principio dispositivo”, aquellos comportamientos que pueden adoptar las partes durante la tramitación del proceso.

Con independencias de la mayor o menor precisión semántica, el principio dispositivo reconoce a las partes el control sobre el objeto del proceso y, salvo las excepciones previstas, sin demanda⁶, esto es, sin petición o solicitud de parte interesada, el tribunal no podrá incoar el proceso civil ni entrar a conocer de cuestiones no planteadas por aquellas, por lo que el proceso también se encuentra claramente vinculado al principio de justicia rogada.

Pero, como hemos venido diciendo, las partes pueden acudir a un método distinto para solventar el litigio cuando lo que está en juego es un derecho o un interés de naturaleza privada que les afecta a ellas de forma exclusiva. Además, optar por aquellas formas alternativas, intentar solucionar el conflicto de manera personal o, si lo prefieren, no resolver el problema –dado que en materia disponible nadie puede ser obligado a llegar a una solución–, es una decisión que solo corresponde a los afectados y que no puede ser impuesta por un tercero.

Asimismo, los poderes o facultades de disposición que recaen sobre el objeto del proceso encuentran su reflejo en el desarrollo procedimental. Sin duda, un acto dispositivo del actor o del demandado puede alterar el *iter* procedimental “normal”, pues la LEC reconoce que el proceso puede concluir mediante una sentencia adelantada, es decir, dictada sin la tramitación ordenada de todas y cada una de las fases que lo componen, y cuyo contenido viene impuesto por el acto dispositivo, tal y como sucede con la renuncia o con el allanamiento. Nuestra norma procesal también permite que el proceso finalice, de forma inmediata y sin sentencia, a través de una resolución que dejaría imprejuizado el fondo, como en el caso del desistimiento, o, incluso, justifica que las partes, de común

⁶ No obstante, en el proceso monitorio, por ejemplo, el 815.4 LEC, sin necesidad de que lo soliciten las partes, exige al tribunal pronunciarse sobre las cláusulas abusivas que pudiera contener el contrato en el que un consumidor es parte. La protección de los consumidores y usuarios es una cuestión de especial relevancia, que afecta al interés común, y que, por lo tanto, requiere del control del tribunal. En este sentido, el art. 11.5 LEC reconoce legitimación al Fiscal para intervenir, como parte, y ejercitar cualquier acción en defensa de consumidores y usuarios. Se trata, pues, de procesos, en los que la protección del interés general de los consumidores justifica cierta alteración de los principios que rigen este tipo de procesos.

acuerdo, pongan fin al litigio a través de una transacción que será homologada en el auto que ratifica el acuerdo alcanzado.

Cualquiera de dichas opciones, poderes o facultades de disposición, en sus distintas manifestaciones, constituyen modalidades de "terminación anormal del proceso", naturaleza que se define en contraposición a la normalidad que supone el desenvolvimiento completo de todas las fases procesales que anteceden a la decisión del tribunal en forma de sentencia.

Sin embargo, y a pesar de las apariencias, las partes no pueden disponer del proceso, que está regido por normas de *ius cogens* y que, por lo tanto, son controlables de oficio. Es más, el propio legislador decide, atendiendo a la materia sobre la que versa el pleito, cuándo la posibilidad de disposición existe en toda su plenitud, cuándo el ejercicio de tales facultades queda limitado solo a alguna de las opciones previstas y cuándo quedan totalmente prohibidas, despojándose a las partes de este poder⁷.

En este orden de cosas, la sentencia podría proyectar sus efectos, ya de forma directa ya de forma refleja, sobre relaciones o derechos de los que son titulares terceros que no han podido intervenir en el proceso o bien que, por versar sobre cuestiones de interés general, tales efectos tuvieran un alcance *erga omnes*, trascendiendo, por lo tanto, de los intereses de las partes. Para evitar la indefensión de los terceros afectados o para garantizar, en su caso, la protección del interés general, las facultades emanadas del principio dispositivo podrían, en determinados supuestos, quedar limitadas a las manifestaciones que el legislador entendiese más adecuadas, reconociendo competencias al tribunal para definir el objeto del proceso.

En ninguna de estas situaciones el legislador atribuye a las partes la prerrogativa de realizar actos de disposición que recaigan sobre el objeto, o lo permite de una forma muy moderada. Con todo, en estos procesos continúa rigiendo el principio de justicia rogada, por lo que el interesado debe interponer

⁷ Con relación a la prohibición de actos de disposición sobre el objeto del proceso, el legislador la hace depender de la naturaleza de la pretensión y, como consecuencia, de si el conflicto afecta únicamente a las partes –desplegándose, entonces, la plena facultad dispositiva– o de si, por el contrario, sus consecuencias se extienden a terceros que pudieran tener interés en la resolución.

la demanda para que principie, pero, a diferencia del proceso puramente dispositivo, una vez admitida la demanda, la pretensión deja de “pertener” a las partes, saliendo de la órbita particular o privada de aquellas y pasando al ámbito de dominio del tribunal. Está claro, pues, que el inicio del proceso civil requiere siempre del impulso de parte, con independencia de la naturaleza, dispositiva o no dispositiva, de la pretensión, si bien cuando el proceso versa sobre materia indisponible, como la regulada en el Libro IV de la LEC, desde el momento en que el interesado ejercita la acción, el tribunal asume el control de la pretensión, siendo decisión de este los hechos sobre los que se pronunciará en la sentencia y las pruebas que irán a practicarse, pudiendo, incluso, acordarlas de oficio. Lógicamente, al otorgar al tribunal facultades de intervención sobre el objeto, el legislador blindo el proceso frente a los actos de disposición de las partes, evitando que puedan influir en la continuidad o en la finalización de los trámites que lo componen.

Por el contrario, cuando la pretensión versa sobre materias plenamente dispositivas, el demandante podrá optar por retirar la pretensión mediante el desistimiento o renunciar al ejercicio de la acción, al tiempo que el demandado podrá aceptar las peticiones del actor a través del allanamiento⁸. También hemos visto que el legislador admite que el demandante y el demandado negocien una solución a través de la transacción, que constituye un ejemplo de disposición sobre el objeto de carácter puramente bilateral, siendo el contenido de la resolución que pone fin al litigio imagen del acuerdo al que aquellos hubieran llegado.

A pesar de ello, las partes no pueden, más allá de los actos que les permite realizar el legislador, adaptar las normas o la forma del proceso a sus propios intereses; únicamente pueden actuar en función de lo consentido por el ordenamiento, pues el proceso es un medio que se pone a disposición de los ciudadanos pero que pertenece al Estado, obligando su naturaleza pública a someterlo a normas de derecho público, ajenas a cualquier posibilidad de disposición privada. Razones de seguridad jurídica, y la necesidad de garantizar la eficacia

⁸ Todas estas opciones tienen naturaleza unilateral, en el sentido de que tienen su origen en la voluntad de la parte demandante o en la voluntad de del demandado, y ello con independencia de que, en ciertos supuestos, una vez que la parte comunica su decisión al tribunal, deba darse audiencia a las demás partes personadas como consecuencia del principio de contradicción.

general del proceso, justifican, por tanto, el control que el órgano jurisdiccional ejerce sobre el mismo. A mayor abundamiento, y precisamente con relación a la pretensión, hemos de traer a colación que el tribunal también verifica que los actos de disposición se atengan a las condiciones establecidas, visando, en cierta forma, algunas de las consecuencias que se derivan de aquellas facultades dispositivas.

Lo que desde luego no podemos negar, es que los actos de disposición inciden sobre la tramitación procedimental. Así, si a través del desistimiento, la renuncia, el allanamiento o la transacción, las partes retiraran en su totalidad la única pretensión interpuesta, o todas las pretensiones acumuladas, carecería de sentido continuar con el procedimiento, pues el proceso queda sin objeto. Por ello, en el momento en que el tribunal dicta la resolución validando el acto de disposición, se produce, de forma inmediata, su finalización⁹. Cabría discutir, si la terminación del proceso es una consecuencia directa del acto de disposición o si se trata de un efecto de la decisión judicial que le sigue. En cualquier caso, no cabe duda de que la conclusión anticipada trae causa de aquella actividad de parte, si bien el proceso no concluye, verdaderamente, hasta que el tribunal se pronuncia sobre la validez de la misma.

1. El control del tribunal sobre los actos de disposición

El poder directo de las partes sobre el proceso no es tal, porque las facultades de disposición que el legislador les reconoce sobre la pretensión no trascienden hasta el control directo de las normas de naturaleza pública que rigen el proceso, que lo hacen indisponible –normas de *ius cogens*–. No obstante, la disposición sobre la pretensión condiciona su desarrollo y puede truncar los

⁹ Lógicamente, la disposición parcial de la pretensión no afectaría al desarrollo del proceso. De este modo, las acciones acumuladas podrían quedar reducidas a una parte cuando el acto de disposición solo afectara a algunas de ellas, o la única pretensión puede haber sido dispuesta parcialmente y no en su totalidad. Si ello ocurriera, el proceso no resultaría afectado, salvo en lo concerniente a la extensión de la pretensión, condicionando, así, el pronunciamiento del tribunal, pero deberá continuar la tramitación para resolver las pretensiones sobre las que no hubieran recaído acto de disposición o la parte de la pretensión no dispuesta. La decisión judicial que pone fin al proceso sería el resultado de combinar las consecuencias del acto dispositivo, que viene a concretar una parte del fallo, con la deliberación necesaria sobre las pretensiones que han permanecido inalteradas y que requieren de la deliberación del tribunal.

trámites procedimentales, por lo que la cuestión no reside en considerar si las partes deciden si el proceso continúa, si se detiene o si pueden agotarlo antes de llegar a la sentencia, sino en entender, en su justa medida, el alcance de las facultades de disposición sobre la pretensión y la influencia de esta decisión en la continuación, la detención o la finalización del proceso.

La incidencia del acto de disposición sobre el devenir procedimental no es automática. Para que aquel produzca los efectos pretendidos, el tribunal deberá comprobar que es conforme a derecho y que no afecta a intereses generales o de terceros que pudieran quedar desprotegidos por dicha actuación. Es razonable, por lo tanto, recordar que la terminación –definitiva o temporal– del proceso derivada de un acto de disposición, aunque trae causa de la decisión de la parte, únicamente se produce cuando, a través de la resolución oportuna el tribunal o el LAJ, en su caso, reconocen validez al acto dispositivo.

En este sentido, el art. 19.1 LEC indica, de forma genérica, que los litigantes están facultados para disponer del objeto del proceso y que podrán renunciar, desistir, allanarse, someterse a mediación y a arbitraje, o transigir *sobre lo que sea objeto del mismo*, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Por su parte, el apartado 4 del mismo precepto aclara que el Secretario judicial acordará, mediante decreto, la suspensión del proceso, *siempre que no perjudique al interés general o a tercero*, y el art. 20.1 LEC también aclara que, en el caso de renuncia a la acción o al derecho en el que el actor basa su pretensión, el tribunal dictará sentencia absoluta salvo que esta *fuese legalmente inadmisibile*, debiendo dictar, entonces, un auto ordenado la continuación del proceso.

Sin embargo, cuando el actor pretenda desistir y el demandado se oponga, el art. 20.3 *in fine* LEC ordena al tribunal resolver mediante auto *lo que estime oportuno*. En esta ocasión la ley ni siquiera recoge que la denegación del desistimiento se deba a que este sea contrario a la legalidad o al interés general o de terceros, por lo que cabe que el tribunal entienda que el derecho alegado por el demandado para continuar el proceso, y resolver la controversia definitivamente, sea más atendible o amparable que el interés que pudiera albergar la decisión de la parte demandante. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Toledo que, en su auto de 1 de junio de 1995, aclaraba que la intervención del demandado en el proceso requiere que este pueda hacer efectivo su derecho

a resolver definitivamente la cuestión litigiosa y a que el tribunal se pronuncie acerca de la procedencia de la acción ejercitada¹⁰.

Con respecto a los procesos civiles no dispositivos del Libro IV, el desistimiento debe ser autorizado por el Ministerio Fiscal en las condiciones que establece el art. 751 LEC, justificándose dicho control en que el objeto del proceso viene referido a derechos e intereses que trascienden de la relación jurídica surgida entre las partes, mientras que queda prohibida, inicialmente, cualquier otra forma de disposición.

No obstante haya sido admitido que las condiciones fijadas para los procesos no dispositivos son una excepción frente a los poderes plenos que pueden ejercer las partes en los procesos disponibles, la judicialización del conflicto excluye la disponibilidad natural sobre la pretensión, que sigue existiendo por el hecho de que el legislador así lo ha previsto para distinguir entre los intereses privados y los intereses públicos que se discuten en el proceso¹¹.

¹⁰ “Una vez formada válidamente la relación jurídico-procesal mediante la intervención del demandado en el proceso, la oposición de éste a la acción entablada por el demandante supone también el ejercicio de un derecho adicionado con el interés de que se resuelva definitivamente la cuestión litigiosa y recaiga un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia o improcedencia de la acción y oposición deducidas, extendiéndose a todos los participantes en el pleito el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho como proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” (AAP TOLEDO, sec. 1ª, núm. 86/1995, de 1 de junio, F.J. 2º). Véase, también, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), núm. 1207/2002, de 19 de diciembre, F.J. 3ª 4: “Y, por todo ello, la parte demandada, hoy apelada, manifiesta que tiene un interés legítimo en que sea definitivamente resuelto por sentencia firme, el procedimiento interpuesto por el actor, con los efectos de cosa juzgada, argumentos estos que, compartimos plenamente, además de temer muy presentes los antecedentes como han quedado reflejados más arriba, y que la causa alegada en su día por el actor para desistir del juicio relativa a la insuficiencia probatoria no puede tener amparo porque, como muy bien dice el juez de instancia “el resultado favorable o desfavorable de la prueba practicada es inherente a todo procedimiento de naturaleza civil y la denegación de cualquier medio de prueba, no es por sí generadora en la instancia de irreparable indefensión, [...]”.

¹¹ PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Librería Bosch, Barcelona. 2008, esp. pp. 99 y 100.

2. Los actos dispositivos y la imposición de costas

Los términos utilizados por la LEC con relación a la intervención del tribunal en los actos de disposición, permiten intuir que el control desplegado por el órgano no es una mera apariencia, sino que, realmente, debe ejercer la fiscalización necesaria para asegurarse de que esta actividad de parte no atenta contra las previsiones legales. Además, el art. 247 prevé la posible imposición de multas, que se extienden desde los 180 a los 6000 euros, a la parte en quien se aprecie mala fe. Se trata de una decisión potestativa del tribunal porque el tiempo verbal utilizado es el condicional –“podrán”–, lo cual excluye que aquella consecuencia se derive, de forma automática, debiendo ser estudiado cada caso.

Por su parte, y aunque el art. 394 LEC sienta el criterio del vencimiento, el apartado 2 determina, para el vencimiento parcial, el criterio de la imposición de costas a la parte que litigó con mala fe, si bien, y con relación a los supuestos de finalización del proceso como consecuencia de un acto de disposición, se establecen reglas específicas que deben ser interpretadas a la luz de las previsiones de tal precepto.

De este modo, el art. 395 regula la condena en costas en el allanamiento, obligando a imponerlas al demandado que se allana con mala fe, aunque el acto dispositivo tuviera lugar en el trámite de contestación, en cuyo caso, con carácter general, estaría exento de costas. Se aclara, acto seguido, que *[s]e entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.* Por ello, aunque se aprecie abuso de derecho, el allanamiento frente a la pretensión surtiría efectos y sería admitido por el tribunal, debiéndose imponer las costas al demandado que obligó al actor a interponer la demanda a pesar de los esfuerzos de este por intentar el cobro o llegar a un acuerdo de forma extrajudicial.

Algo parecido sucedería con el desistimiento. El art. 396.1 LEC regula la condena en costas al actor que desiste, especialmente cuando este acto no fue consentido por el demandado. *Sensu contrario*, el apartado 2 del mismo artículo advierte que si el demandado consintiera no habrá expreso pronunciamiento sobre costas, asumiendo cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Sin embargo, el criterio general que excluye el pronunciamiento en

costas cuando el demandado consiente, deberá ser invertido siempre que el tribunal aprecie mala fe o temeridad en la actuación de alguna de las partes, en cuyo caso deberá imponer las costas del proceso a quien actuó de esta forma. Cuestión diferente es si el tribunal debería admitir el desistimiento aun constando la concurrencia de mala fe o temeridad en alguna de las partes, por lo que debemos estar al caso concreto. Recordemos que si el art. 20 LEC deja en manos del tribunal la decisión sobre el desistimiento que no consiente el demandado, con mayor razón deberá decidir si alguna de las partes ha actuado con mala fe, porque aunque ello determinara, necesariamente, la ineficacia del acto podría implicar la imposición de multa. En este sentido, se pronuncia la Sala de lo Civil del TS en su Acuerdo de 4 de marzo de 2015 al considerar que el demandante actuó con evidente mala fe al presentar su escrito de desistimiento poco antes de que el tribunal iniciase la deliberación¹².

Con relación a la renuncia, el art. 20.1 LEC no permite que el tribunal admita este acto de disposición cuando fuera *legalmente* inadmisibile. Ello no impide que, como en el supuesto previsto para el allanamiento en el art. 396, debiera admitirse la renuncia a pesar de la temeridad apreciada en alguna de las partes, no siendo de aplicación automática la previsión del art. 247.2 LEC, que obliga al tribunal a rechazar las peticiones o incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho.

Por otro lado, dado que la renuncia equivale a vencimiento y, por lo tanto, queda subsumida en el marco normativo general del art. 394 LEC, es razonable que no encontremos a lo largo del texto procesal referencia expresa a la regulación de la condena en costas derivada de aquella. Sin embargo, el criterio general del vencimiento también deberá ser invertido cuando la renuncia venga provocada por un comportamiento abusivo del demandado, imponiendo a este las costas cuando hubiera obligado al actor a interponer la demanda a sabiendas de que podrá alegar, como defensa, un hecho que, de haber sido puesto en conocimiento del demandante con anterioridad, hubiera evitado el proceso. Ello podría ocurrir con un requerimiento fehaciente de pago instado por error y no atendido de forma consciente por el demandado, viéndose el actor en la necesidad de renunciar cuando, en el proceso, aquel alegara el pago realizado o adujera cualquier otra circunstancia que, como un pacto de no pedir, impidiera la reclamación.

¹² Acuerdo TS, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2015, núm. rec. 2641/2012.

III. SOBRE EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE

1. La vinculación entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte: la aportación de hechos

Junto al principio dispositivo se acostumbra a estudiar el principio de aportación de parte. El análisis conjunto o, mejor dicho, paralelo de ambos principios no ha tenido lugar como mera opción doctrinal, sino porque la naturaleza de la materia "dispositiva" o "disponible" que conforma el objeto del proceso civil ordinario lleva naturalmente hacia la aportación de parte. Así, al demandante y al demandado se les reconocen facultades de disposición sobre la pretensión privada, motivo por el que también han podido fijar el objeto del proceso. Pero igualmente sería factible alterar tales términos, de modo que al ser la pretensión plenamente privada, a las partes se les permitiría componer el objeto del proceso y, de ahí, el reconocimiento de las facultades de disposición sobre el mismo. No tendría sentido que los límites objetivos de la pretensión debieran ser establecidos "de oficio" y que se otorgara a las partes facultades dispositivas para alterarlos. Ello sería tanto como permitir que aquellas controlaran la actividad jurisdiccional, dependiendo esta función de una decisión del actor o del demandado que no necesariamente tendría que obedecer a un sentido general de justicia, sino de protección y defensa de los intereses propios.

Por otro lado, aquel carácter privado del conflicto, que el legislador sigue manteniendo aun cuando pasa a ser el objeto del proceso, imposibilita que nadie ajeno al mismo, incluyendo el tribunal, pueda aportar elementos fácticos para delimitar la pretensión. Además, el legislador ha considerado que, en estos casos, no podrá permitirse al juez controlar las alegaciones fácticas, actuando la naturaleza privada del derecho que se discute como frontera infranqueable para el órgano jurisdiccional. En los procesos no dispositivos, en cambio, no rige en plenitud la aportación de parte, porque el objeto de la pretensión traspasa el interés privado de los afectados y no les pertenece con exclusividad. Como consecuencia, estas no pueden establecer unilateralmente el objeto del proceso o, al menos, no pueden dominar de forma exclusiva la delimitación de la pretensión, pudiendo el tribunal incorporar elementos al relato fáctico que demandante y demandado han podido desarrollar con ocasión de sus alegaciones. Justamente el art. 752.1 LEC advierte que los procesos civiles no dispositivos (*los procesos a los que se refiere este título*, indica exactamente la LEC) se decidirán conforme

a los hechos que hayan sido objeto de debate y prueba, *con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos de otra manera en el proceso*¹³.

De lo anterior cabe inferir que el objeto de un proceso referido a materia calificada como dispositiva –y que estuviera regido, por tanto, por el principio dispositivo– es fijado exclusivamente a través de los hechos alegados por las partes –principio de aportación–. Por este motivo, el principio dispositivo y el de aportación se entienden como si fueran las dos caras de una misma moneda o los binomios necesarios que componen una ecuación.

En efecto, en estos procesos es el interesado (legitimado) quien, en clara manifestación de sus facultades de disposición sobre el conflicto, interpone la demanda y determina el objeto del proceso a través de la alegación de unos hechos que entiende relevantes para sus intereses. Igualmente, será el demandado el único que podrá alegar los hechos en los que basará su defensa frente a la pretensión del demandante, y quien decidirá oponer unas excepciones materiales y no otras. Es más, la naturaleza privada de la pretensión permite que el actor reclame frente al demandado solo una parte de la totalidad que pudiera corresponderle, o creyera que pudiera corresponderle. Cuánto o hasta dónde reclamar, y cómo reclamar, son decisiones que solo compete al demandante, a nadie más, ni siquiera al tribunal. De igual modo, nadie, salvo el propio demandado, podrá elegir los hechos que serán alegados como defensa frente a la pretensión del actor y exclusivamente él podrá decidir sobre el allanamiento.

Siguiendo este razonamiento, si son las partes quienes alegan los hechos, resulta lógico que sean también las partes quienes propongan al tribunal los medios de prueba para acreditar sus alegaciones. Esta doble connotación del principio de aportación de parte –aportación de los hechos y proposición de las pruebas–, junto a la aplicación del principio dispositivo, es lo que induce a considerar que el legislador ha atribuido a las partes el control sobre el proceso.

¹³ El TS, en el F.J. 1º de su sentencia de 12 de junio de 1999 (Sala de lo Civil) declara que el proceso de incapacitación “presenta unos caracteres especiales que lo distancian notablemente de los demás procesos civiles, pues aparte de repudiar en gran medida el principio dispositivo, rehúye la verdad formal para desplazarse al de verdad material, con la obligada adscripción al principio de libertad en materia de prueba”.

No es solo que el demandante inicie el proceso cuando lo estime oportuno, o que tanto demandante como demandado puedan ponerle fin, también, cuando lo entiendan conveniente, sino que son las partes quienes proponen las pruebas, determinando los contornos en los que deberá manejarse el tribunal para dictar sentencia.

Por la misma razón, cuando el objeto estuviera constituido por asuntos en los que no rige, con plenitud, el principio dispositivo, tampoco resultaría aplicable en toda su extensión el principio de aportación de parte, demostrando ello la clara conexión entre este principio y las facultades dispositivas sobre la pretensión. Ciertamente, en estos procesos no dispositivos no son solo el demandante y el demandado quienes incorporan los hechos que delimitan el objeto sobre el que recaerá la resolución judicial, sino que el tribunal puede, en el sentido del art. 752.1 LEC, introducir, y valorar en la sentencia, aquellos hechos de los que tenga conocimiento a lo largo del proceso y estén relacionados con la pretensión, aun cuando no provengan de una alegación de parte. Por ello, la vinculación entre ambos principios debe ir más allá de entenderse la aportación de parte como el reverso del principio dispositivo, ya que los dos se retroalimentan, siendo casi imposible presuponer la aplicación del uno sin la influencia del otro¹⁴.

2. El control del tribunal sobre la prueba

La alegación de los hechos que conforman el objeto del proceso impone a las partes la carga de probar: concierne al demandante probar los hechos constitutivos de la demanda y, como demandante reconvenido, las excepciones materiales de la contestación a la reconvenición; mientras que al demandado compete probar los hechos impositivos, extintivos y excluyentes de la contestación a la demanda y, como demandado reconviniente, los hechos constitutivos de la reconvenición, proponiendo, ambos –demandante y demandado–, prueba legal, suficiente y útil sobre sus alegaciones fácticas.

La inobservancia de una carga procesal no necesariamente se traduce en una consecuencia negativa para la parte que incumple, pero coloca a quien no hace frente a ella en una situación de desventaja frente a la contraparte. En

¹⁴ Sobre la identidad de ambos principios se pronuncia la STS (Sala de lo Civil), núm. 1044/1999, de 7 de diciembre, en su F.J. 3º.

este sentido, la prueba constituye una carga: la parte que no despliega actividad probatoria, o que lo hace de manera insuficiente y no consigue probar los hechos que alega, no obligatoriamente se verá perjudicada por una sentencia condenatoria, pues la parte contraria, para obtener una resolución favorable, necesitará probar los hechos alegados por ella, pero se sitúa en una posición que le perjudica, toda vez que las normas sobre la carga de la prueba imponen al tribunal determinar la naturaleza de los hechos que no han sido probados, decidiendo en contra de quien, debiendo probar, no lo hizo¹⁵.

Sin embargo, el juez no puede ampararse en la falta de prueba para eludir el pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Concluido el juicio oral, y llegado el proceso hasta la fase de sentencia, este debe resolver y no puede alegar resultados probatorios confusos o inadecuada o deficiente actividad probatoria para justificar la imposibilidad de resolver el litigio, pues en nuestro ordenamiento no rige el principio de *non liquet*, que autorizaría ciertas sentencias absolutorias en la instancia¹⁶. El problema de la falta de prueba, como se intuye, va más allá del temor de las partes a no ver satisfechas sus pretensiones, sino que puede dificultar, considerablemente, una de las principales funciones del tribunal: juzgar.

Ante la necesidad de favorecer una actividad jurisdiccional que garantice la eficacia del proceso, el legislador ha establecido criterios que permiten al juez controlar la actividad probatoria de parte, y ello, con la finalidad de poder contar con elementos de prueba suficientes para desarrollar adecuadamente el cometido que le ha sido encomendado por nuestra norma constitucional.

A) Facultades específicas del tribunal en la admisión de la prueba

Igual que sucede con el principio dispositivo, o con el principio de aportación parte en lo relativo a la alegación de los hechos, tendemos a simplificar el sentido que ha de darse a la aportación en el aspecto referente a la proposición de

¹⁵ Vid. NIEVA FENOLL, J., "Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión", Justicia. Revista de Derecho Procesal, año 2001, núm. 3-4, esp. pp. 112-116.

¹⁶ GARCÍA-CUERVA GARCÍA, S., "Las reglas generales del *onus probandi*", en *Objeto y carga de la prueba civil*, (PICÓ I JUNOY, J., ABEL LLUCH, X. Dirs.), JM Bosch Editor, Barcelona, 2007, esp. pp. 50 a 52.

la prueba, considerando que son las partes las que deciden las pruebas que se van a practicar. Con todo, aunque a ellas atañe proponer los medios de prueba para acreditar los hechos incorporados al proceso, es el tribunal quien, de forma individualizada o conjunta, debe pronunciarse sobre la admisión de los medios probatorios, por lo que únicamente serán practicadas las pruebas admitidas con base en los criterios de licitud, pertinencia y utilidad constatados por el juzgador.

Justo en el momento de la proposición, el tribunal deberá realizar un análisis sobre la adecuación de la prueba para justificar su admisión o su rechazo. Ello supone que, en definitiva, el principio de aportación se reduce, exactamente, a la proposición de la prueba, porque la decisión última sobre su práctica corresponde al tribunal. Luego, las partes no controlan la prueba o, al menos, se trata de un control compartido por estas, que proponen, y el tribunal, que admite.

Dicha situación no provoca ningún recelo, pues es comúnmente admitido que ello forma parte de la actividad jurisdiccional, perdiéndose de vista, probablemente, que el derecho de las partes a la prueba no es absoluto, ya que no siempre se practicarán las pruebas que estas consideran necesarias, sino las que el tribunal admita por entender oportunas. No estamos, tampoco, ante la práctica de la prueba propuesta por las partes, sino ante la práctica de pruebas propuestas por las partes y "admitidas" por el tribunal¹⁷. Pero el legislador va más allá, y en el art. 282 LEC justifica que aquel pueda, en determinados momentos del proceso, acordar prueba de oficio o instar la aportación de dictámenes periciales, documentos o cualquier otro tipo de medios o instrumentos de prueba cuando ello esté previsto en la ley. Dicho precepto actúa, en consecuencia, como noma de remisión que sirve de marco genérico para justificar la actuación de oficio del tribunal en materia probatoria siempre que la ley lo admita.

Por ejemplo, el art. 752.2 LEC impone, para los procesos no dispositivos, las facultades probatorias de oficio del juzgador y excluye la aplicación de las disposiciones normativas sobre el valor probatorio del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados. De la misma forma, el art. 770.4^a LEC, en sede de procesos matrimoniales, establece que el tribunal pueda acordar de oficio las pruebas que estime oportunas para decidir sobre las

¹⁷ Sobre la naturaleza de la decisión judicial relativa a la admisión de la prueba véase ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2012, pp. 265 a 309.

medidas que afecten a los hijos menores, debiendo oírles siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, cuando sean mayores de doce años o cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica; y el art. 339.5 permite al tribunal designar perito en los procesos de filiación, paternidad y maternidad, capacidad de las personas, o en los procesos matrimoniales, cuando la prueba pericial sea pertinente.

Tampoco en los procesos ordinarios o dispositivos se desconocen ciertas facultades del juez que le permiten indagar en los hechos, como prevé el art. 433.4 LEC en los casos en los que no se considere suficiente ilustrado con el resultado de la prueba, pudiendo, tras las conclusiones e informes, dar la palabra a las partes, tantas veces como sea necesario, para que le informen sobre las cuestiones dudosas. Además, el art. 306 regula las facultades del juez en la prueba de interrogatorio, mientras que el art. 368, por ejemplo, determina el control del tribunal sobre las preguntas planteadas por las partes a los testigos, inadmitiendo aquellas que no considere adecuadas con el conocimiento propio de aquel.

El art. 429.1.III LEC, por su parte, permite en la audiencia previa del juicio ordinario, con ocasión de la admisión de la prueba, que el tribunal pueda advertir a las partes sobre la insuficiencia de la propuesta para esclarecer algunos de los hechos controvertidos. A mayor abundamiento, la norma permite que el tribunal señale, a tenor de los elementos probatorios obrantes en autos, las pruebas –medios de prueba– cuya práctica considere convenientes, descompensando, aparentemente, la balanza que mantiene el equilibrio de fuerzas en el ámbito probatorio¹⁸.

Hemos de tener en cuenta, no obstante, que lo previsto en el art. 429 LEC es una facultad de la que el tribunal podrá hacer uso si lo considera oportuno, con las correspondientes cautelas, y solo en ese momento del proceso. Realmente, la intención del legislador parece ser la de que, en virtud de tales apreciaciones, las partes puedan completar o modificar la proposición inicial de prueba –principio de aportación–, pero no que al tribunal supla la falta de actividad probatoria de parte. De hecho, el art. 429 LEC, en su apartado 8, permite que se dicte sentencia tan solo con los documentos aportados durante la fase de alegaciones, cuando

¹⁸ NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 2010, esp. p. 192.

esta sea la única prueba propuesta o la única prueba admitida –podríamos entender–. Por ello, las partes podrían proponer pruebas, el juez podría rechazarlas y, sin embargo, no hacer uso de la posibilidad que ofrece el apartado 1 de este precepto o, habiéndolo hecho, que las partes no hayan asumido la sugerencia del tribunal. En cualquier caso, la ausencia de actividad probatoria, excepción hecha de la documental aportada, modificaría el plazo para dictar sentencia y alteraría el desarrollo normal del proceso, ya que no se celebrará vista de juicio por ser innecesaria.

No obstante, las partes podrán, si lo consideran oportuno, complementar la proposición de la prueba con la indicación del tribunal, algo a lo que, como hemos visto, no están obligadas, asumiendo, claro está, las circunstancias desfavorables que se derivarían del incumplimiento de la carga de probar cuando las pruebas practicadas no hubieran sido, como consideró el tribunal, suficientes. No olvidemos, en ningún momento, que la proposición de la prueba es una actividad de parte y que la facultad que en este momento se reconoce al tribunal tampoco puede implicar ni una anticipación del juicio que debe contener la sentencia, a modo de prejuzgamiento, ni una modificación en la atribución de las facultades y derechos de las partes en el proceso.

Pero, aun admitiendo lo anterior¹⁹, permitir que el tribunal proponga la práctica de concretos medios probatorios afecta a las competencias que tradicionalmente han sido atribuidas al juzgador. A este concierne admitir o rechazar los medios de prueba propuestos por las partes e, incluso, cabe entender que aprecie insuficiencia probatoria sobre determinados hechos que se presentan como el núcleo de la pretensión, si bien indicar a las partes el medio de prueba concreto con el que subsanar la falta de prueba podría suponer, como explicábamos *ut supra*, la descompensación del equilibrio entre las facultades de las partes y los poderes del juez en el proceso civil²⁰.

¹⁹ Sobre la adecuación de la audiencia previa como momento en el que el tribunal puede valorar si la prueba propuesta es suficiente o no, véase, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art. 429.1II LEC”, *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil*, núm. 21, noviembre de 2005.

²⁰ Véase VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “El proceso civil y su futuro”, *Derecho PUPC: Revista de la Facultad de Derecho*, 2003, núm. 56, 2003, esp. pp. 195-196.

Desde luego, son aquellas quienes de forma voluntaria asumen la indicación del tribunal, resultando, finalmente, que las nuevas pruebas son formalmente propuestas por las partes, salvando de esta forma el legislador la aplicación del principio de aportación. A pesar de ello, la realidad nos muestra otra versión, y es que es el juez quien viene a concretar unas pruebas que, lógicamente, serán admitidas y practicadas en el momento procesal oportuno. Ello es tanto como reconocer que el tribunal puede, en este momento del proceso, suplir la actividad de parte y el derecho que les incumbe con respecto a la proposición de los medios de pruebas, dándose la paradoja de que valorará los resultados de unas pruebas por él "propuestas" y admitidas, acercando el proceso civil ordinario a los principios que rigen los procesos no dispositivos.

B) Las diligencias finales

Las diligencias finales²¹, herederas de las diligencias para mejor proveer²² que estaban reguladas en el art. 340 LEC 1881, representan el más claro avance inquisitivo en la actividad probatoria de las partes. Con esta decisión, tanto el legislador de 1881 como el legislador del 2000 venían a afirmar la facultad del juez para acordar prueba de oficio en el proceso civil, siempre que, finalizado el juicio oral y practicadas las pruebas de parte, los hechos que componen el objeto del proceso no hubieren sido suficiente acreditados.

Ahora bien, el reconocimiento de las facultades del tribunal para practicar prueba como diligencia final no deroga la premisa de partida y es que, el art. 435 LEC establece en su apartado 1 que la práctica de la prueba, con independencia del momento en el que esta se produzca, se basa en la propuesta de parte, siendo estas quienes soliciten supráctica excepcional también en este momento procesal. Además, la decisión sobre las diligencias finales es facultativa, por lo que el tribunal podrá acordarlas, ya a solicitud de parte interesada ya de oficio, solo cuando aprecie, de forma justificada, que las nuevas pruebas no arrojan datos suficientes para facilitar la resolución de la controversia. Por lo tanto, la

²¹ Vid MARTÍN OSTOS, J., "Las diligencias finales", *Revista del Poder Judicial*, núm. 67, 2002, pp. 381-404.

²² En profundidad, consúltese MARTÍN OSTOS, J., *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1981.

petición de diligencias finales no determina, bajo ningún concepto, su obligatoria admisión por parte del juzgador²³.

Pero el precepto establece ciertos límites y condiciones²⁴ que distinguen entre la práctica de las diligencias finales instada por las partes y el acuerdo de tales pruebas de oficio²⁵. Así, la LEC solo permite que las diligencias puedan ser solicitadas por las partes cuando se trate de pruebas que, propuestas en el momento procesalmente oportuno, hubieran sido admitidas y no practicadas por causas ajenas a la voluntad de la proponente, si bien ello no deriva en un acuerdo inmediato por parte del tribunal²⁶. Del mismo modo, las partes podrán

²³ “Las diligencias finales, como antes la diligencias para mejor proveer, son una mera posibilidad procesal de prueba, que se deja al arbitrio del órgano judicial, sin que de ellas resulte derecho subjetivo para las partes. Su denegación, que no requiere el dictado de auto (sólo previsto para acordarlas), no constituye infracción de norma procesal determinante de nulidad de actuaciones ni abre la vía del recurso” (SAP Ávila núm. 130/2020, de 4 de marzo, F.J. 3º).

²⁴ Véase MARTÍN OSTOS, J., “Las diligencias finales”, en *La prueba. Tomo I. La prueba en el proceso civil* (GONZÁLEZ CANO, M.I., Dir., ROMERO PRADAS, M.I., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, esp. pp. 644 a 648.

²⁵ “Se ha resaltado por la jurisprudencia el carácter potestativo, discrecional y soberano de estas diligencias. Así la S.A.P. de Burgos de 30 de diciembre de 2005, EDJ 302276 expuso que “las diligencias finales que se regulan en el art. 435 de la L.E.C. de 2000 son las herederas de las diligencias para mejor proveer del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1991, y si bien se diferencian de éstas en que debe existir, salvo excepciones, solicitud de parte; sin embargo siguen configuradas como una facultad que, de forma potestativa y discrecional, aunque respetando las reglas previstas en el artículo 435,1 de la LECiv corresponde al Tribunal que podrá ... acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba”, añadiendo que “el carácter potestativo, discrecional y soberano de estas diligencias que resulta del vocablo podrán que emplea el art. 435.1, exactamente el mismo que incluía el artículo 340 de la LECiv 1881, que, según señalaban las SSTs de 27 de marzo de 1990, 6 de junio de 1991, 5 de junio de 1995 y 17 de junio de 1996, EDJ 5305, es suficientemente expresivo; ni otorgan derecho subjetivo alguno a la parte, pues se configura como una potestad de los órganos judiciales ni su práctica puede estimarse obligada como consecuencia necesaria del art. 24 C.E , en los procesos gobernados por el principio dispositivo, pues ello lo convertiría n en un nuevo y extemporáneo plazo de prueba (STC 98/1987)” (AP Las Palmas sec 4ª 31-3-08, EDJ 62459)” (SAP Ávila núm. 130/2020, de 4 de marzo, F.J. 3º).

²⁶ “[...] y el art. 435.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé como potestad, pero no como obligación del tribunal, la práctica como diligencias finales de actuaciones de prueba cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

Estas previsiones legales otorgan a los tribunales de instancia la facultad de ponderar hasta qué punto las pruebas practicadas le ilustran suficientemente sobre las cuestiones controvertidas,

instar prueba referida a hechos nuevos y hechos de nueva noticia, tal y como prevé el art. 286 LEC; en este último supuesto adquiere pleno sentido la solicitud de práctica de prueba, pues se trata de hechos que han surgido una vez precluida la fase de alegaciones y transcurrido el plazo ordinario de proposición de prueba, encontrándonos, ante la verdadera fase probatoria de aquellos hechos que han sido incorporados al proceso de forma extraordinaria. Sin embargo, el art. 435.1.1ª LEC excluye cualquier posibilidad de que las partes puedan designar como diligencia final la práctica de aquellas pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma²⁷, del mismo modo que no podrán proponer aquellas pruebas que sugirió el tribunal al amparo del art. 429.1 LEC y que no fueron acogidas a través de la modificación de la proposición inicial de prueba.

Por su parte, el 435.2, aunque también prevé la proposición a instancia de parte, destaca por introducir la regulación que permite al tribunal practicar prueba de oficio en sede de diligencias finales, siempre que aprecie la concurrencia de los requisitos que actúan como justificante de esta potestad inquisitiva. No se trata, como en el art. 429 LEC, de sugerir la ampliación o la modificación de la prueba, sino de permitir que el juez decida, efectivamente, qué tipo de pruebas, y con relación a qué hechos, deben practicarse, y ello sin necesidad de dar audiencia o de ofrecer a las partes la opción para pronunciarse sobre tal circunstancia.

En concreto, para que el tribunal pueda decidir sobre la prueba, es necesario, en primer lugar, que constate que los hechos sobre los que recaerá la actividad probatoria hayan sido debidamente alegados, no siendo posible aprovechar este momento para abordar una suerte de ampliación de hechos al modo del

o, por el contrario, existen razones que sustenten la relevancia de practicar esas pruebas que fueron propuestas y admitidas, pero que pueden resultar reiterativas (como es el caso del número excesivo de testigos) o que, por razones no imputables a la parte que las propuso, no pudieron ser practicadas en la vista, pero no se consideran necesarias” (STS, Sala de lo Civil, núm. 210/2016, de 5 de abril, F.J. 11º.5).

²⁷ “Una vez más deviene oportuno advertir aquí que las diligencias finales no constituyen medio procesal lícito para sustituir la proposición de prueba que pudiera haberse planteado en tiempo y forma, como ocurre en este caso (artículo 435.1.1.ª de la LEC), máxime cuando la Juzgadora de instancia declaró el asunto visto para sentencia sin oposición alguna de la parte ahora apelante (de nuevo, la STC 82/1999)” (SAP Madrid núm. 201/2020, de 28 de febrero, F.J. 1º).

art. 286 LEC. Por otro lado, el legislador requiere que la falta de prueba se deba a causas o circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, así que tampoco deberá apreciarse un comportamiento negligente de estas. Como aclara el Tribunal Supremo, las diligencias para mejor proveer, y por lo tanto las diligencias finales, constituyen una excepción al principio de aportación de parte y no al principio dispositivo, propiamente dicho, ya que la decisión del tribunal viene a complementar y no a sustituir la actividad de las partes, respondiendo a una facultad discrecional que el juzgador ejercerá solo si la estima necesaria²⁸.

En consecuencia, las diligencias finales están dirigidas a aclarar las dudas que no hayan podido ser superadas a partir de las pruebas practicadas dentro del contexto de normalidad que dibuja el legislador y el tribunal debe entender, y justificar, que existen *motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos*. Se trata, pues, de una reiteración de la prueba, pero no necesariamente en el sentido de repetir unas pruebas que no han dado resultado o de practicar aquellas que propuestas no hubieran podido ser practicadas, permitiendo el precepto interpretar que el tribunal puede acordar el medio probatorio que considere más oportuno para *“adquirir certeza”* y este no tiene por qué coincidir con uno ya practicado a instancia de parte o propuesto por estas²⁹.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La discusión sobre los principios que rigen el proceso civil y la relativa a los matices diferenciadores que se derivan de las distintas interpretaciones no están definitivamente zanjadas. El paso del tiempo no deja apartadas cuestiones que, como estas, constituyen temas nucleares que determinan la naturaleza

²⁸ Vid. STS núm. 922/1993, de 6 de octubre, Sala de lo Civil, F.J. 2º.

²⁹ “Ahora bien, a pesar de la prohibición de la regla primera del número uno, y con apoyo en la amplia excepción regulada en el número dos ¿puede el tribunal, produciéndose todas las circunstancias mencionadas en dicho número dos, acordar como diligencia final la práctica de una prueba que las partes hubieran podido proponer en tiempo y forma y no lo hicieron? A nuestro entender –salvo mejor criterio–, la respuesta ha de ser positiva, siempre que sobre el hecho se haya practicado otra prueba insatisfactoria. La polémica está servida” (MARTÍN OSTOS, J., “Artículo 435”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, TOMO II, 2ª ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, esp. p. 2191).

del proceso y las posibilidades de intervención y actuación de las partes y del tribunal.

Sin embargo, los cambios legislativos, auspiciados por las nuevas necesidades sociales, justifican que, probablemente hoy, tales aspectos se vean desde una perspectiva diferente, siendo ya constante la opinión de que la intervención del tribunal, siempre que se respeten ciertos presupuestos, no alteran la naturaleza del proceso ni disminuyen las posibilidades de actuación de las partes.

Hoy no tiene sentido mantener una visión privatista del proceso civil, pues las normas que lo rigen son de derecho público; pero también es necesario ser flexibles en el análisis de la naturaleza de la pretensión, ya que, aunque puede venir referida a intereses exclusivamente privados, resulta discutida a través de un instrumento público de resolución de conflictos, regido por normas de *ius cogens*, que no permiten justificar un control absoluto de las partes. Somos de la opinión de que, el proceso ni pertenece ni puede pertenecer a las partes, y que desde el momento en que el conflicto pasa a ser objeto del proceso, y se convierte en pretensión procesal, pierde parte de su esencia privada, siendo necesario conjugar el carácter público del proceso, que ha surgido como consecuencia de la imposibilidad de resolver el conflicto en el ámbito particular, con los intereses de cada uno de los intervinientes.

Ni las partes son dueñas del proceso ni el control que ejerce el tribunal desdibuja los contornos del mismo. Es necesario, pues, interpretar en su justa medida las facultades de disposición y aportación de las partes, y su influencia en el desarrollo procedimental, y las posibilidades de intervención y control del órgano jurisdiccional porque sobre ello se sostiene nuestro proceso civil.

LA PRUEBA ILÍCITA: UN CONCEPTO TODAVÍA POR DEFINIR¹

Joan Picó i Junoy²
Catedrático de Derecho Procesal
(Universitat Pompeu Fabra. Barcelona)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PREMISAS BÁSICAS DEL DEBATE: ÁMBITO NORMATIVO DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. III. NUEVOS PARÁMETROS DE LA STC (PLENO) 97/2019, DE 16 DE JULIO. IV. EL PROBLEMA HERMENÉUTICO DEL ART. 11.1 LOPJ. V. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NUEVA LECTURA DEL ART. 11.1 LOPJ QUE FORMULA LA STC (PLENO) 97/2019, DE 16 DE JULIO. VI. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio³, ha venido a remover los cimientos de la figura de la prueba ilícita que poco a poco, desde la famosa STC 114/1984, de 29 de noviembre⁴, y su “trasposición” al art. 11.1 de la

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D “Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio” (PID2020-115304GB-C21), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado “Evidence Law” (2017 SGR 1205) de la AGAUR.

² Recuerdo como si fuera ayer la intervención del Profesor Martín Ostos en el tribunal de mi tesis doctoral: solo han pasado 25 años. Ya entonces pudimos debatir la cuestión de la ilicitud probatoria como límite del derecho fundamental a la prueba. A partir de ese momento he tenido muchas ocasiones de aprender de sus conocimientos procesales y escuchar apasionadamente sus experiencias vitales en tierras latinoamericanas. Por todo ello, para mí es un honor volver a revisar el problema de la prueba ilícita en su libro homenaje.

³ Ponente: Alfredo Montoya Melgar (ECLI:ES:TC:2019:97). Esta sentencia trae causa de la STS 116/2017, de 23 de febrero, Ponente: Manuel Marchena Gómez (ECLI: ES:TS:2017:471); que a su vez proviene de un recurso de casación presentado contra la SAP de Madrid, sec. 23ª, 280/2016, de 29 de abril, Ponente: Celso Rodríguez Padrón (ECLI: ES:APM:2016:3742).

⁴ Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León (ECLI:ES:TC:1984:114).

LOPJ⁵, se había ido consolidando en el sistema jurídico español. El camino andado ha estado lleno de socavones que la práctica judicial ha tenido que ir aplanando con nuevas instituciones como, por ejemplo, la “doctrina de los frutos del árbol envenenado” o la “teoría de la conexión de antijuricidad”. Toda esta complejidad jurídica justifica los muchísimos trabajos publicados por los estudiosos del derecho⁶.

Llegados a este punto aparece publicado en el BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019, la citada STC que viene a restringir el concepto y alcance de lo que debe entenderse por prueba ilícita. La primera reacción de la doctrina ha sido fulminantemente negativa, y los títulos de los estudios publicados son harto elocuente: “La

⁵ Esta norma trae causa directa de la STC 114/1984, como tuve ocasión de evidenciar al analizar la evolución parlamentaria del art. 11.1 LOPJ en mi *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. José M^a Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 311 a 315, e introdujo por primera vez en el sistema procesal español una norma que formula, de manera expresa, la proscripción de la prueba ilícita. De esta norma se desprenden dos relevantes consideraciones: en primer lugar, la progresiva reducción del alcance o ámbito de aplicación de la prueba ilícita a la estricta vulneración de un derecho o libertad fundamental; y, en segundo lugar, la expresa voluntad del legislador de recoger la doctrina que sobre dicha problemática había formulado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. Ambos datos deberán siempre tomarse en consideración para resolver cualquier cuestión interpretativa que pueda suscitarse en la aplicación de la mencionada norma.

⁶ Hasta catorce monografías publicadas en España (por académicos de la Universidad, jueces, fiscales y abogados). Desde la Universidad podemos consultar los estudios de AENCIO MELLADO, J.M^a, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, edit. Trivium, Madrid, 1989; PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit.; DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, edit. Civitas, Madrid, 2001; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2009 (existe una segunda edición de 2011); PLANCHADELL GARGALLO, *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2014; EUSAMIO MAZAGATOS, E., y SÁNCHEZ RUBIO, A., *La doctrina de la prueba ilícita en la Corte Suprema de Estados Unidos*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. De la Judicatura y Fiscalía hallamos los trabajos de LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, edit. Akal, Madrid, 1989; MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, edit. J.M^a Bosch editor, Barcelona, 1999; ídem, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2019; y URBANO CASTRILLO, E. de, *La prueba ilícita penal*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 1997 (del mismo autor con TORRES MORATO, M.A., desde 2003 hasta una sexta edición de 2012). Y de la Abogacía destacan los estudios de FIDALGO GALLARDO, C., *Las “prueba ilegales”; de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1 de la LOPJ*, edit. Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid 2003, y ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La prueba ilícita penal*, edit. Ley 57, Málaga, 2013.

STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”⁷, “La *degradación* de la prueba ilícita en la reciente jurisprudencia constitucional”⁸, o “¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!”⁹. Sin embargo, aun siendo crítico con el razonamiento mantenido en dicha sentencia, creo que abre un debate que nos debe hacer pensar sobre el fundamento y alcance de la prueba ilícita para ajustarlo a los diversos derechos fundamentales que están en juego.

II. PREMISAS BÁSICAS DEL DEBATE: ÁMBITO NORMATIVO DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Como es bien sabido, el art. 11.1 LOPJ vincula el concepto de prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales y, en concreto, establece: “No surtirán efectos las pruebas obtenidas vulnerando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales”.

Este respeto absoluto a los derechos fundamentales puede justificarse, básicamente, desde dos perspectivas bien distintas, que vienen abaladas por los dos sistemas jurídicos de gran tradición histórica, el del *Common Law* y el del *Civil Law*. Así, históricamente se han formulado dos justificaciones de este concepto restrictivo de la ilicitud de la prueba:

⁷ De ASENCIO MELLADO, publicado en LA LEY, núm. 9499, de 16 de octubre de 2019. El catedrático alicantino llega a concluir su estudio indicando: “La prueba ilícita, como conclusión no es esa garantía del sistema de derechos fundamentales, de su posición preferente, de la dignidad del Estado democrático. Es regla ordinaria que, tras tener vigencia durante tres décadas, recorre el camino de regreso al mundo del proceso inquisitivo, que se vislumbra cercano y solo disimulado tras la retórica, muchas veces vacía, de la seguridad y la justicia. Valores estos importante, pero siempre recurrentes en la historia cuando el Estado se ha impuesto sobre el individuo y proclamado la imposibilidad de coexistencia de éste y aquel en un marco de respeto a normas comunes y compatible entre derechos y deberes”.

⁸ De CORDÓN MORENO, publicado en “Publicaciones Jurídicas”, Centro de Estudios de Consumo, de 19 de octubre de 2019 (puede consultarse en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_degradacion_de_la_prueba_ilicita_en_la_reciente_jurisprudencia_constitucional.pdf –fecha de consulta: 21 de marzo de 2020–), quién inicia su comentario destacando que la lectura de la sentencia “suscita cuando menos perplejidad por la postura restrictiva que adopta en una época caracterizada por el hipergarantismo”.

⁹ De LORCA NAVARRETE, publicado en “Ley Procesal” (puede consultarse en <http://leyprocesal.com/leyprocesal/de/la-prueba-ilicita-ha-muerto-viva-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-justo.asp?nombre=7418&cod=7418&sesion=1> –fecha de consulta: 21 de marzo de 2020–).

(a) evitar que el poder del Estado, en la persecución de los delitos, desconozca la vigencia de los derechos fundamentales y los vulnere en su afán de alcanzar el mayor número de pruebas acusatorias. Detrás de este modelo encontramos la tradición jurídica estadounidense, de origen jurisprudencial, con la célebre *exclusionary rule* de la prueba ilícita, mediante la cual se pretende disuadir que los órganos policiales estadounidenses vulnere el contenido de diversas de sus Enmiendas, como la IV (con el derecho a no sufrir registros ni confiscaciones irrazonables); la V (con derecho a no declarar contra sí mismo), la VI (con el derecho a la asistencia letrada), o la XIV (con el derecho al debido proceso)¹⁰;

(b) reconocer la vigencia y aplicación directa de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho. La supremacía constitucional de estos derechos debe suponer el rechazo más absoluto de cualquier acto, público o privado, por lo que, en el marco de cualquier tipo de proceso judicial, debería inadmitirse cualquier eficacia probatoria a tales actos. Este es el modo más frecuente de regular la prueba ilícita en el derecho continental¹¹.

La justificación constitucional de este concepto debe buscarse en la debida protección de los derechos fundamentales que se han visto vulnerados para obtener la prueba. Estos derechos constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, por lo que su vulneración tan sólo puede comportar, necesariamente, el rechazo más absoluto, esto es, en nuestro caso, la imposibilidad de utilizarse dicha prueba. De manera rotunda así se pronunció la STC 114/1984, de 29 de noviembre –recordemos que ésta debe ser la fuente de interpretación básica del art. 11.1 LOPJ por cuanto originó su redacción actual¹²–, en cuyo fundamento jurídico 4º destacó: “Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida

¹⁰ Para un análisis crítico de este modelo, me remito al reciente estudio póstumo de MIRANDA ESTRAMPES M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, ob. cit.

¹¹ Como es obvio, entre ambos modelos –el de *Common Law* y *Civil Law*–, o al margen de los mismos, hay otras posibles regulaciones de la prueba ilícita que atienden a las singularidades propias de cada país (cfr. PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, ob. cit., pp. 283-285).

¹² Vid. nota 5.

violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental”¹³. Por ello, la recepción procesal de esta prueba comporta además, en términos de la citada STC 114/1984, el reconocimiento de una inadmisibles desigualdad procesal, esto es, la vulneración del art. 24.2 CE, pues literalmente: “Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro”¹⁴.

En conclusión, hasta la STC 97/2019, de 16 de julio, la prueba ilícita se limitaba a la vulneración de algún derecho fundamental, por lo que como la definí en otro lugar, desde una perspectiva estrictamente normativa, ésta es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental¹⁵. En consecuencia, como puede comprobarse, nuestro concepto de prueba ilícita, siguiendo la línea propia del *Civil Law*, se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales¹⁶.

¹³ En este sentido, resulta acertado el comentario crítico de ASENSIO MELLADO a la STC 97/2019, cuando afirma: “[...] como se verá, el TC, en esta resolución, cita párrafos completos de la de 1984, pero lo hace confundiendo y mezclando afirmaciones de distintos fundamentos, solo fragmentariamente, con el fin de que encajen aparentemente, aun cuando es fácil de una lectura íntegra y neutral percatarse de que lo transcrito no se corresponde con la doctrina elaborada en aquel momento, que el TC no quiso decir lo que se dice ahora que dijo y que, por el contrario, se consagró una doctrina radicalmente opuesta a la que ahora se sostiene [...]. Intentar basar en la sentencia 114/1984 las conclusiones que ahora impone el TC es tan difícil, como imposible, lo que queda meridianamente claro de una relectura de aquella que [...] dejó claras cosas que el TC, ahora, afirma ser otras distintas” (ob. cit., pp. 2 y 3).

¹⁴ De igual modo, la STC 50/2000, de 28 de febrero, afirma que “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

¹⁵ PICÓ JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 308.

¹⁶ En la misma línea, el art. 287 LEC establece: “Ilícitud de la prueba.- 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato [...]”.

III. NUEVOS PARÁMETROS DE LA STC (PLENO) 97/2019, DE 16 DE JULIO

En un proceso de restricción del concepto de prueba ilícita, la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio, ha venido a establecer que no es suficiente con la vulneración de un derecho fundamental para definirla sino que, además, debe haberse obtenido la prueba con la intención de perjudicar el derecho de defensa de la parte contraria. Para argumentar su nueva doctrina, esta sentencia formula los siguientes tres principios generales de la doctrina constitucional sobre la prueba ilícita:

Primero: la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado.

Segundo: en consecuencia, la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE); y

Tercero: la violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, ha de determinarse a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar la igualdad de las partes y el proceso justo y equitativo. La cuestión a dilucidar aquí es ¿Cuáles son los elementos necesarios de este juicio ponderativo? Estos elementos (o juicios ponderativos) son dos:

(a) En primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios (si es infraconstitucional o constitucional –en el primer caso no hay posibilidad de entender que existe una prueba ilícita¹⁷–); y

¹⁷ En consecuencia, se pone fin al debate en torno a si es posible admitir una prueba que, no estando prohibida por la LEC (art. 283.3 LEC), se ha obtenido vulnerando una norma infraconstitucional (cfr. CASANOVA MARTÍ, R., *La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate*, en “Justicia” 2016, 1, pp. 337 a 364 [y especialmente las pp. 356-360]). La redacción del art. 283.3 LEC indujo a cierta confusión por cuanto alguna resolución entendió que la prueba alcanzada con vulneración de la ley debía inadmitirse por prohibida (así, por ejemplo, la STS –Sala 1ª– de 29 de marzo de 2007 extralimitó el concepto de prueba ilícita para incluir a los documentos robados, esto es, vulnerando el derecho de libertad y propiedad, y determinó la

(b) En segundo lugar, ha determinarse su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo. Y aquí el TC entiende que debe analizarse la intencionalidad de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, sus necesidades de tutela y el equilibrio e igualdad de las partes en el seno del proceso; y para ello utiliza dos parámetros de control, uno interno y otro externo, que paso seguidamente a exponer: a) desde el parámetro de control interno se analiza si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes. Si no es así, resultaría admisible (salvo excepciones de alta intensidad en el orden axiológico de los derechos fundamentales –ejemplo: tortura–). Por ello, encontramos sentencias en las que se otorga valor probatorio a lo logrado con vulneración de derechos fundamentales pero en el que el infractor ha actuado de buena fe (STC 22/2003, de 10 de febrero); y b) desde el parámetro de control externo se valora si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal.

ilicitud de los documentos contables obtenidos en las dependencias empresariales de la parte contraria y en contra de su voluntad indicando: “En el presente caso las pruebas presentadas por la sociedad demandante y referidas a las que había ocupado en las dependencias del recurrente, contra su voluntad, violentando por tanto sus derechos de libertad y propiedad, se presentan como de ilícita procedencia al haberse accedido a la misma por los medios no autorizados por la Ley y dispuesto de ellas efectivamente en el proceso con el designio evidente de obtener ventajas probatorias, ya que fueron tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal. La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta”). Sin embargo, con posterioridad, la Sala 1ª del TS ha venido a delimitar correctamente el ámbito de aplicación del art. 283.3 LEC: así, la STS 109/2011, de 2 de marzo destaca que “la proclamada inefectividad de las mismas [de las pruebas ilícitas] queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba; supuesto que no es el del presente caso” (se trataba de la aportación de unos documentos logrados durante una mediación familiar); y ya el ATS de 18 de junio de 1992 estableció: “Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad (de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales), hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba “prohibida” (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales”. Y de igual modo, vid. la STS 839/2009, de 29 de diciembre. En definitiva lo que viene a recoger el art. 283.3 LEC es el principio de legalidad procesal en materia probatoria (me remito a PICÓ I JUNOY, J., *Práctica Procesal Civil*, director Jesús Corbal, Pablo Izquierdo y Joan Picó, T.V, edit. Bosch, Barcelona, 2014, p. 3749).

En función de todo ello, el Pleno del TC resolvió el denominado “caso Falciani” en el que se debatía la ilicitud de los ficheros informáticos obtenidos por Hervé Falciani cuando trabajaba como ingeniero informático en la filial suiza del banco británico HSBC en Ginebra, en los que constaban los datos bancarios de miles de contribuyentes con cuentas sospechosas de evasión fiscal (que pretendía vender a terceros para lucrarse). Estos documentos fueron confiscados por la Justicia francesa, y ésta los envió a los países con los que Francia tenía acuerdos de colaboración fiscal, como España. De acuerdo con esta prueba, las diversas instancias de los tribunales penales españoles¹⁸ condenaron a varios procesados, entre ellos a Sixto Delgado de la Coba a seis años de prisión por dos delitos contra la hacienda pública española, que recurrió en amparo. Pues bien, en esta sentencia el TC califica a dicha prueba como lícita aplicando los principios anteriormente indicados ya que:

(a) si bien entiende que ha habido una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del condenado (art. 18.1 CE);

(b) atendiendo a la índole y características de la vulneración del citado derecho a la intimidad¹⁹ se respetó al condenado su derecho a la igualdad de las

¹⁸ Vid. nota 3.

¹⁹ “El primer parámetro del juicio ponderativo se refiere a la «índole y características» de la vulneración originaria del derecho a la intimidad, siendo relevante valorar que, tal y como el Tribunal Supremo explica con profusión de argumentos en su sentencia casacional, estamos ante una intromisión en el derecho a la intimidad que carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública. Según se declara probado, un informático aprovechó el acceso que, por razones laborales, tenía a datos de clientes del banco HSBC para elaborar sus propios ficheros, cruzando los datos bancarios, hasta realizar perfiles específicos, que pretendía vender a terceros para lucrarse. Desde el punto de vista de la «índole y características de la vulneración» originaria en el derecho fundamental sustantivo, la tutela de la intimidad de los clientes de la entidad bancaria frente a la violación cometida por un empleado de ésta queda plenamente colmada con los procedimientos penales o civiles que puedan desplegarse en el país en el que se ha consumado esa intromisión *inter privados*, sin que se observe ninguna conexión instrumental con el proceso penal español que suponga, de acuerdo con el art. 24.2 CE, una necesidad adicional de tutela jurídica de la intimidad dentro de dicho proceso que deba llevar indefectiblemente a un pronunciamiento de inadmisión de la prueba”.

partes y a un proceso justo y equitativo, tanto desde el parámetro interno²⁰ como el externo²¹.

En conclusión, en función de la actual jurisprudencia del TC, es evidente la validez de las pruebas obtenidas con vulneración de normas de rango infraconstitucional²², esto es, las que pueden denominarse pruebas ilegales; así como también aquellas logradas con violación de un derecho fundamental sustantivo

²⁰ “A la misma conclusión se llega si se examina, también desde el punto de vista interno, el «resultado» de la violación consumada en el derecho a la intimidad. Puede advertirse que los datos que son utilizados por la hacienda pública española se refieren a aspectos periféricos e inocuos de la llamada «intimidad económica». No se han introducido dentro del proceso penal datos, como podrían ser los concretos movimientos de cuentas, que puedan revelar o que permitan deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado (SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4). Los datos controvertidos son, exclusivamente, la existencia de la cuenta bancaria y el importe ingresado en la misma. El resultado de la intromisión en la intimidad no es, por tanto, de tal intensidad que exija, por sí mismo, extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal, habida cuenta que, como ya se ha dicho, éste no tiene conexión instrumental alguna con el acto de injerencia verificado entre particulares. Debe además recordarse que la intromisión en la intimidad se ha producido fuera del territorio donde rige la soberanía española, por lo que a la menor intensidad de la injerencia se une que «sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona [podría] alcanzar proyección universal» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8)”.

²¹ “De otro lado, y desde el punto de vista externo, tampoco existe un riesgo cierto de propiciar, con la admisión de la prueba controvertida, prácticas que comprometan pro futuro la efectividad del derecho fundamental en juego en el ordenamiento jurídico español, ya que, a diferencia de las circunstancias que pueden determinar una respuesta distinta en otro ordenamiento jurídico, en España no existen prácticas de opacidad bancaria amparadas por el poder público que puedan dar lugar a la proliferación de comportamientos de intromisión ilícita entre particulares como el que, en este caso, ha resultado discutido. Dicho en otras palabras: en España la obtención por parte de las autoridades de datos bancarios a efectos de desarrollar investigaciones tributarias o penales está prevista en la ley y resulta plenamente asequible a través de instrumentos procesales ordinarios. De hecho, en nuestro ordenamiento, sobre el obligado tributario pesa el deber jurídico de aportar a la hacienda pública datos bancarios como los ahora controvertidos (art. 93 de la Ley general tributaria). No se advierte, pues, tampoco desde un punto de vista externo, que exista una necesidad jurídica de extender al proceso penal la tutela del derecho a la intimidad en relación con una intromisión *inter privatos* como la verificada en el caso que nos ocupa. España no tiene un sistema jurídico de opacidad bancaria que exija instrumentalizar el proceso penal para prevenir este tipo de violaciones de derechos fundamentales verificadas entre particulares. Y no existe, obviamente, dentro del ordenamiento español de derechos fundamentales, una obligación de proteger instrumentalmente un sistema de este tipo, aunque pueda existir en otros estados”.

²² Como ya hace más de 35 años se prevé en art. 11.1 LOPJ.

sin intención de comportar una posición de ventaja o desequilibrio procesal y siempre que no haya una necesidad general de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso y justifique la exclusión probatoria.

Como se puede comprobar, la STC 97/2019, de 16 de julio, plantea especialmente dos problemas: uno hermenéutico, sobre si es posible la lectura que hace del art. 11.1 LOPJ; y otro conceptual, respecto a si esa nueva interpretación que efectúa del concepto y alcance de la prueba ilícita tiene suficiente base argumental constitucional.

IV. EL PROBLEMA HERMENÉUTICO DEL ART. 11.1 LOPJ

Atendiendo al art. 3.1 del Código Civil los cinco criterios hermenéuticos de las normas jurídicas son el gramatical, el histórico, el teleológico, el sociológico (contexto social) y el sistemático. Paso seguidamente a aplicar los cuatro primeros criterios hermenéuticos al art. 11.1 LOPJ:

a) La interpretación gramatical del art. 11.1. LOPJ no ofrece duda alguna, pues literalmente vinculada el alcance de las pruebas ilícitas a aquellas “pruebas obtenidas vulnerando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales”²³. En consecuencia, es claro que el legislador no diferencia entre vulneración de un derecho fundamental sustantivo o uno procesal, por lo que como ya dijo Azón si *lex non distinguit nec nos distinguere debemus*²⁴.

²³ Sin embargo, esta claridad normativa no está presente para otras cuestiones, como el tratamiento procesal de la prueba ilícita (para ello, me remito a PICÓ I JUNOY, J., *Nuevas perspectivas sobre la prueba ilícita*, en “El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal”, dirigido por Raquel Castillejo Manzanares, edit. Atelier, Barcelona, 2019, pp. 627 a 648; e ídem, *Problema de la denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal*, en “El proceso penal en ebullición”, dirigido por José M^a Roca Martínez, edit. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 177 a 187) o los efectos que de la misma pueden derivarse, como por ejemplo, el efecto psicológico de la prueba ilícita (al respecto, vid. PICÓ I JUNOY, *El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita*, en “La prueba. Homenaje al Profesor Doctor Roland Arazi”, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, pp. 317 a 324 [un resumen del mismo pueden encontrarse en “Iuris”, vol. 171, 2012, pp. 34 a 37]).

²⁴ Cfr. <https://dej.rae.es/lema/lex-non-distinguit-nec-nos-distinguere-debemus>

b) La interpretación histórica nos conduce directamente a la STC 114/2014, de 29 de noviembre, verdadero origen del contenido literal de esta norma²⁵, ya que con anterioridad no existía en nuestro ordenamiento jurídico una norma similar al art. 11.1 LOPJ. Pues bien, en esta sentencia tampoco se hace distinción alguna entre derecho fundamental sustantivo y procesal, y para ambos previó la máxima sanción jurídica, a saber, la nulidad radical de todo acto violatorio de un derecho fundamental²⁶.

c) La interpretación teleológica o finalista nos conduce a la misma conclusión que las anteriores interpretaciones, esto es, que el art. 11.1 LOPJ pretende la protección de cualquier tipo de derecho fundamental –ya sea sustantivo o procesal–. La finalidad de esta norma es evitar que tanto un particular como el Estado obtengan una posición de ventaja respecto de quien respeta los derechos fundamentales, esto es, desincentivar los actos atentatorios a lo más esencial del Estado de Derecho.

d) La interpretación sociológica, que permite la adaptación de la ley al momento histórico social en el que debe aplicarse, tampoco parece sostener la doctrina sobre el alcance de la prueba ilícita prevista en la STC 97/2019. Es muy posible que no haya en la actualidad un motivo sociológico especial que justifique adaptar el sentido del art. 11.1 LOPJ en los términos que propone el TC y limitar el ámbito de aplicación de la prueba ilícita.

De lo hasta aquí apuntado, se hace muy difícil encontrar un criterio interpretativo del Código Civil que avale la lectura que del art. 11.1 LOPJ efectúa la STC 97/2019. Desde el punto de vista gramatical, histórico, teleológico y sociológico, el art. 11.1 LOPJ debería seguir alcanzando a cualquier derecho fundamental, independientemente de su carácter sustantivo o procesal.

Sin embargo, existe todavía un relevante criterio hermenéutico del derecho, el sistemático, en función del cual debe relacionarse la norma interpretada con

²⁵ Vid. nota 5.

²⁶ Así, el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia establece: “Esta garantía [la interdicción procesal de la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental] deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto –público o, en su caso, privado– violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales”.

el resto del ordenamiento jurídico y, muy especialmente, con la Constitución. Y aquí lo cierto es que en nuestro sistema jurídico se reconoce con el máximo nivel de protección, esto es, como derecho fundamental, al derecho a la prueba, que tiende a permitir la mayor actividad probatoria, máxime cuando el propio texto constitucional no prevé la interdicción de la prueba ilícita²⁷, por lo que, en principio, no hay otro derecho fundamental en juego que justifique la limitación del derecho a la prueba. Desde esta perspectiva sistemática, solo cuando se vulnere un derecho fundamental de contenido procesal –el mismo que tiene el derecho a la prueba– podría justificarse la limitación del derecho a la prueba. Y ello nos lleva al segundo problema que paso a analizar, esto es, si la nueva interpretación del art. 11.1 LOPJ del TC tiene suficiente base argumental constitucional.

V. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NUEVA LECTURA DEL ART. 11.1 LOPJ QUE FORMULA LA STC (PLENO) 97/2019, DE 16 DE JULIO

Es necesario empezar por recordar que la nueva interpretación del art. 11.1. LOPJ que efectúa la STC 97/2019 supone la más restrictiva posible que se ha efectuado hasta la actualidad, y en función de la cual la prueba ilícita ya no puede definirse por la vulneración de cualquier derecho fundamental sino solo la violación de un derecho fundamental sustantivo con la intención de perjudicar una garantía procesal de la parte contraria²⁸.

²⁷ Como sucede en otras constituciones: así, por ejemplo, el art. 94 de la nueva Constitución cubana de 2019 prescribe: “Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguiente: [...] c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido”; y en la misma línea, la Constitución colombiana, en su art. 29.V, prevé: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”; y la Constitución brasileña, en su art. 5.LVI, dentro “De los derechos y garantías fundamentales” establece: “Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”.

²⁸ Siendo intrascendente si el sujeto vulnerador del derecho fundamental sustantivo es un particular o un poder del Estado. Así, la STC 97/2019 viene a corregir lo que indicó la STS objeto del recurso de amparo –la STS116/2017, de 23 de febrero– que justificaba la exclusión de la aplicación del art. 11.1 LOPJ cuando el sujeto infractor era un particular.

La justificación de esta nueva interpretación la encontramos en el derecho fundamental a la prueba: como tuve ocasión de analizar en otro lugar²⁹, el aspecto objetivo de este derecho comporta dos consecuencias, a saber, la necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias³⁰, y la exigencia de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba³¹. Ambas consecuencias convergen en una misma idea: siempre debe optarse por aquella interpretación de la ley que tienda a permitir la máxima virtualidad y eficacia del derecho a la prueba. En nuestro caso, la lectura del art. 11.1 LOPJ que propone la STC 97/2019 cumple este objetivo.

Lo cierto es que nuestra Constitución solo ha recogido el derecho fundamental a la prueba y no ha previsto expresamente como límite al mismo la ilicitud en la obtención de la prueba como así lo han hecho otras constituciones³². En consecuencia, en la Constitución española todos los litigantes tienen garantizado su derecho a la prueba, por lo que éste debe ser el verdadero protagonista de la actividad probatoria. Además, si como indica el TC la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado, es evidente a la conclusión a la que debe llegarse: la primacía del derecho a la prueba.

²⁹ PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 158; ídem, *El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*, en "Libro Homenaje a Don Eduardo Font Serra", T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 881-882.

³⁰ Siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas a la postura restrictiva (*favor probationes*). Y esta lectura favorable de la ley a favor de maximizar el derecho a la prueba ya lo encontramos por ejemplo en la STS de 10 de febrero de 1992, cuando afirma que esta constitucionalidad del derecho a la prueba "[...] impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben ser los Tribunales de justicia los que deben proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo u obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que el de su denegación". Igualmente vid. las SSTC 10/2009, de 12 de enero; 71/2008, de 23 de junio; 236/2002, de 9 de diciembre; 140/2000, de 29 de mayo; 10/2000, de 17 de enero; 33/1992, de 18 de marzo; 1/1992, de 13 de enero; 205/1991, de 30 de octubre; 59/1991, de 14 de marzo; 147/1987, de 25 de septiembre; la 30/1986, de 20 de febrero 158/1989, de 5 de octubre; o la 51/1985, de 10 de abril.

³¹ En este sentido, vid. por ejemplo las SSTC 60/2007, de 26 de marzo; y 140/2000, de 29 de mayo.

³² Ver la nota 27.

Y en la doctrina encontramos autores que mantienen conclusiones similares. Así, por ejemplo, MUÑOZ SABATÉ, al estudiar el art. 11.1 LOPJ, afirma: “Este enfrentamiento entre ambas normas [el 11.1. LOPJ y el 24.2 CE –reconocedor del derecho a la prueba–] no debería tener ninguna salida transaccional dado el superior rango de la norma constitucional y la inexistencia en la propia Constitución de un precepto que expresamente declare la ineficacia de las pruebas ilícitamente adquiridas. Siempre que existe indefensión auténtica por causa de la inadmisión de una prueba resulta altamente problemática la oportunidad y legalidad del precepto que comentamos en este apartado”³³. Y de igual modo, con carácter general, TARUFFO destaca que “dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional, deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas aquellas pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental a la prueba, y mucho menos anularlo”³⁴.

Debo advertir que esta nueva interpretación no comporta dejar huérfana de protección la vulneración del derecho fundamental sustantivo, pues dará lugar a la correspondiente responsabilidad penal, civil o disciplinaria del infractor³⁵. Lo único que sucede es que la sanción procesal –de rechazar la prueba ilícita– se

³³ MUÑOZ SABATÉ, Ll., *Técnica probatoria*, 3ª edición, edit. Praxis, Barcelona, 1993, p. 80 (4ª edición, edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 115).

³⁴ TARUFFO, M., *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, edit. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 57-58. A idéntica solución favorable a proteger el derecho a la prueba –y a garantizar la máxima efectividad de los derechos judicialmente reclamados– se pronuncia PAS-SANATE, para quien “e premesso altresì che è un dato ormai acquisito che rientra a pieno titolo nel diritto d’azione costituzionalmente garantito il cosiddetto diritto alla prova, resta da spiegare per quali ragioni quest’ultimo debba essere sacrificato sull’altare di altri diritti pure –certo– costituzionalmente garantiti, ma irrelati agli scopi propri del processo. Infatti, escludere una prova illecita, rilevante e attendibile, comporta necessariamente il sacrificio di un mezzo probatorio che può essere essenziale alla tutela (effettiva) dei diritti e si pone, su un piano tecnico, in potenziale conflitto con il fine istituzionale del processo” (*Prova illecita (diritto processuale civile)*), en “Enciclopedia del diritto”, Annali X, edit. Giuffrè, Milano, 2017, pp. 689 y 694; y del mismo autor vid igualmente, *La prova illecita nel processo civile*, edit. Giappichelli, Torino, 2017, pp. 353 a 389).

³⁵ Curiosamente, en EEUU, a partir del caso Hudson v. Michigan (2006), se está abandonando la inadmisión de la prueba ilícita (*exclusionary rule*) como mecanismo disuasorio de los órganos policiales de sus diferentes estados (*deterrent effect*), para dar validez a la prueba y lograr el mismo efecto disuasorio a través de la responsabilidad directa a la concreta persona integrante de dichos órganos que haya vulnerado alguna Enmienda a su Constitución (cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense*, ob. cit., pp. 155 a 180).

desplaza a su ámbito natural, la del proceso, entendiéndose que si la fuente probatoria lograda con dicha vulneración se hizo con la intención de generar una desigualdad en el proceso, o provocar una ruptura del proceso justo, no debe surtir efecto alguno³⁶.

Finalmente, deseo hacer tres reflexiones sobre distintos aspectos críticos que se han formulado a raíz de la STC 97/2019:

a) es cierto que esta nueva interpretación jurisprudencial del art. 11.1 LOPJ genera más inseguridad jurídica que la realizada hasta la actualidad, puesto que deberemos ir a cada caso concreto para que el juez determine si la vulneración del derecho fundamental sustantivo comporta además el desprecio de una garantía procesal del art. 24 CE³⁷. Pero estamos acostumbrados a vivir con normas que se refieren a una determina realidad cuyos límites no pueden fijarse inicialmente con precisión y que requieren de los concretos hechos litigiosos para que el juez las aplique. Es lo que sucede con los conceptos jurídicos indeterminados, en los que pese a su inicial indefinición siempre es posible precisar, para cada caso concreto, su verdadera existencia. Por ello, también aquí respecto a la prueba ilícita, en función de los concretos hechos que hayan sucedido, el juez estará en condiciones de determinar si se ha comprometido la vigencia del derecho a la igualdad de las partes y a un proceso justo. Y ello podrá verificarse a través de la motivación de la resolución judicial que declare la licitud de la prueba que, como cualquier otra, podrá ser objeto de revisión en méritos de los correspondientes recursos³⁸. En definitiva, esta motivación judicial revisable es la que debe evitar que el juez actúe de forma inquisitiva permitiendo indebidamente actividad probatoria ilícita –en los términos de la STC 97/2019–³⁹;

³⁶ Igual proceso de reducción del ámbito de aplicación de la prueba ilícita se está produciendo en el derecho comparado, como puede comprobarse en el estudio de ANDINO LÓPEZ, J.A., *Estudio comparativo sobre la prueba ilícita en Estados Unidos y en el Derecho Continental*, publicado en los presentes “Cuadernos”.

³⁷ Así vid. ASECIO MELLADO, J.M., *La STC 97/2019...*, ob. cit., pp. 3, 16 y 18.

³⁸ Por otro lado, debemos admitir que la nueva interpretación no genera más inseguridad jurídica que la originada, por ejemplo, por la “teoría de la conexión de antijuricidad” que también tiene por objeto limitar la eficacia de la prueba ilícita.

³⁹ Este rebrote de posibles actuaciones inquisitorias constituye la conclusión final del muy crítico estudio de ASECIO MELLADO, quien llega a afirmar: “Es regla ordinaria que, tras tener vigencias durante tres décadas, recorre el camino de regreso al mundo del proceso inquisitivo, que se vislumbra cercana y solo disimulado tras la retórica, muchas veces vacía, de la seguridad y la justicia” (*La STC 97/2019...*, ob. cit., p. 19).

b) también es cierto que la eficacia directa de cualquier derecho fundamental –ya sea sustantivo o procesal– debería comporta, en principio, el rechazo de todos los efectos que, directa o indirectamente, se deriven de su vulneración. Sin embargo, no es menos cierto que aquí entra en escena el derecho a la prueba, igualmente fundamental, por lo que en la ponderación de intereses en conflicto es posible que deba prevalecer este último: esta es la opción por la que apuesta la STC 97/2019. Así, si lo que se vulnera es un derecho fundamental procesal (a la defensa, al proceso justo, etc.) debe primar este último derecho y no admitir efecto alguno a la prueba ilícita. Y, por el contrario, si lo infringido solo es un derecho fundamental sustantivo, ya tiene su sanción en el ámbito material (penal, civil o disciplinario) por lo que, salvo que la admisión de la prueba alcanzada con dicha infracción suponga vulnerar una garantía constitucional del debido proceso, deberá admitirse ese problema, lo que me lleva a la tercera reflexión; y

c) por último, podría pensarse que toda vulneración de un derecho fundamental sustantivo del que se derive una prueba comporta una situación de ventaja procesal en favor del infractor, por cuanto podrá utilizar un elemento de convicción judicial del que no podrá contar la parte contraria que ha actuado correctamente, esto es, quien no ha violentado derecho fundamental alguno: así reflexionó la conocida STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuando afirmó que partiendo de “la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro”. Ello es cierto, y precisamente por este motivo, la propia STC 97/2019 entiende que la fuente de prueba alcanzada con la vulneración de un derecho fundamental sustantivo y la intención de utilizarse como medio de prueba debe proscribirse del proceso. Y la verdad es que ésta será la situación más habitual en la práctica, por lo que el problema aquí planteado ya no se producirá: quien busque ilícitamente elementos probatorios para ser empleados en un proceso debe saber que tendrá la máxima sanción procesal, esto es, la invalidez probatoria de dichos elementos. Pero cuando ello no sea así, no debe entrar en juego la doctrina de la prueba ilícita y sus efectos invalidantes, como sucede, por ejemplo, en el caso enjuiciado en la STC 97/2019, en el que el Sr. Falciani sustrajo documentos

financieros de una entidad bancaria solo con la finalidad lucrativa de su posterior venta, por lo que no había ninguna intención de preconstituir prueba alguna⁴⁰. Y en este sentido, si nos fijamos bien, la propia STC 114/1984, en el párrafo que acabo de transcribir, asocia la idea de desigualdad a la de “recabar” en provecho propio instrumentos probatorios. En consecuencia, con la expresión “recabar”⁴¹ se pone expresamente de manifiesto la voluntariedad o consciencia de obtener elementos probatorios con la vulneración de los derechos fundamentales de otra persona, por lo que quien accede a una fuente de prueba sin esa voluntariedad, esto es, sin desear “recabarla”, pierde fuerza argumental la ineficacia probatoria, máxime cuando está en juego la virtualidad del derecho fundamental a la prueba. En definitiva, como podemos comprobar, las circunstancias de cada caso nos aportarán los elementos suficientes para valorar cuando estamos ante una prueba lícita o ilícita.

VI. REFLEXIÓN FINAL

La prueba ilícita, desde su configuración normativa en el art. 11.1 LOPJ, siempre ha dado lugar a un continuo debate doctrinal y jurisprudencial. La STC 69/2019 es el último hito en este debate, y ha venido a restringir al máximo el ámbito de aplicación de la prueba ilícita, exigiendo para su apreciación no solo la vulneración de un derecho fundamental sustantivo sino además la infracción de alguna garantía procesal del art. 24 CE. Si bien es cierto que resulta muy difícil efectuar una lectura del art. 11.1 LOPJ en los términos efectuados en dicha sentencia, lo que está dando pie a una dura crítica doctrinal, esta nueva interpretación puede justificarse sistemáticamente en la necesidad de permitir la máxima eficacia del derecho fundamental a la prueba.

Esta exégesis restrictiva del concepto de prueba ilícita es plenamente acorde a nuestro marco constitucional: el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más

⁴⁰ Otro supuesto podría ser el de los servicios sociales municipales que entran en un domicilio (sin los requisitos del art. 18.2 CE) alertados por los vecinos que denuncian un fuerte olor desagradable proveniente de su interior, y se encuentran el cuerpo de una persona muerta y restos orgánicos del presunto agresor.

⁴¹ Que según el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, supone “Conseguir una cosa que se desea”, esto es, buscar algo con algún fin.

reducido posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad.

Sin embargo, al igual que la famosa STC 114/1984 motivó la redacción del actual art. 11.1 LOPJ, la STC 97/2019 justificaría su modificación para ajustarlo a la nueva interpretación constitucional y evitar así los problemas hermenéuticos que he analizado.

LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES

María Paula Quiroga Corti
Profesora de Derecho Procesal Penal
(Universidad de Mendoza. Argentina)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA. III. FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA. IV. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN. 1. Consideraciones previas. 2. Excepciones tratadas por la jurisprudencia norteamericana. 3. Casos Hudson vs. Michigan y Herrings vs. U.S. 4. Principio de proporcionalidad como excepción a la exclusión probatoria. 5. La notoria realidad de los hechos descubiertos. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Quiero comenzar expresando el honor que significa para mí intervenir en este homenaje a mi querido director de tesis, José Martín Ostos, quien con su generosidad me acompañó en ese proceso y cuya amistad me ha honrado todos estos años y seguirá haciéndolo.

Hecha esta digresión previa, es posible sostener que en la actualidad es un bien entendido que el dictado de una sentencia condenatoria debe basarse en pruebas que hayan sido obtenidas lícitamente por los órganos de acusación. La legitimidad de los medios de prueba utilizados se convierte así en un requisito indispensable del debido proceso legal en un Estado de Derecho, legitimidad que se extiende no sólo a los elementos probatorios recabados durante el proceso sino también a aquellos que permitan iniciarlo.

La preocupación sobre la forma de obtención de la prueba y cuando debe excluirse del proceso por haber sido obtenida ilícitamente ha recorrido un largo camino en la doctrina y, fundamentalmente, en la jurisprudencia. De hecho, fue

la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el fallo *Boyd vs. U.S.* del año 1886¹, cuando trató por primera vez el tema, tarea que continuó a través de los años creando una abundante jurisprudencia. En Argentina, la CSJN lo resolvió por primera vez en el año 1891 en el señero caso de Charles Hermanos² en el cual el Máximo Tribunal resolvió eliminar, como elemento de prueba del proceso, documentos que habían sido secuestrados en forma ilícita.

Sin embargo, no puedo dejar de señalar que la determinación de cuando debe excluirse una prueba cuestionada en su licitud no tiene una respuesta lineal pues no sólo influyen las condiciones políticas e históricas existentes en un país en un momento determinado sino también circunstancias sociales, tales como el aumento de las tasas delictivas, la necesidad de control del delito o el aumento del narcotráfico, que inciden en la consagración jurisprudencial de distintas excepciones a la regla de exclusión probatoria. Esta situación se evidencia aun más en la actualidad frente a una criminalidad cada vez más organizada y globalizada, lo cual lleva a los tribunales a flexibilizar en mayor medida la regla de exclusión llegando incluso a desdibujarse el fundamento que tuvo en su nacimiento.

El objeto de este trabajo es analizar los aportes realizados por la jurisprudencia y la doctrina en lo que se refiere a las excepciones que justifican no aplicar la regla de exclusión frente a una prueba ilícita. Para ello, comenzaré con el concepto de prueba ilícita y el fundamento que justifica su exclusión para poder comprender las distintas excepciones que ha aceptado la jurisprudencia en los últimos fallos.

II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

Establecer un único concepto de prueba ilícita no es tarea sencilla pues existen diversas posturas doctrinarias referidas al contenido de la prueba ilícita que parten desde un concepto amplio que engloba toda la prueba obtenida

¹ 116 U.S. 616 (1886). En este caso se cuestionó como prueba una factura que el acusado fue obligado a entregar en contra de su voluntad. La Corte entendió que existía una íntima relación entre la IV Enmienda (garantía contra los registros, requisas y secuestros irrazonables) y la V Enmienda (que protege contra la autoincriminación involuntaria). Sin embargo, para que procediera la exclusión resultaba innecesario que se hubieran violado ambas Enmiendas.

² CSJN Fallos 46:36.

irregularmente hasta posturas más restrictivas que clasifican la prueba en función de la norma inobservada en su adquisición.

El concepto amplio afirma que cualquier inobservancia de la ley en la adquisición de la prueba, aun cuando sea de legalidad ordinaria, implica necesariamente su exclusión porque su valoración significará una violación de la garantía constitucional del debido proceso legal. Considero, sin embargo, que esta posición es bastante imprecisa y extensa toda vez que pueden existir defectos formales por inobservancia de alguna norma de la legalidad ordinaria en la adquisición de la prueba que no permita sostener que se encuentra afectado el debido proceso legal. Piénsese *v.gr.*, un acta en la cual falte la firma del testigo de actuación que intervino en el acto, se trataría del quebrantamiento de una forma procesal pero que no justifica excluir ese elemento probatorio.

En otras palabras, resulta desproporcionado un concepto amplio pues atenta contra el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses en conflicto, es decir, el interés individual en el respeto de los derechos del imputado y el interés social en la represión y castigo de quienes cometen hechos delictivos. Y por esta razón, gran parte de la doctrina categoriza la prueba en consideración a las normas afectadas.

Es que, bien mirada la cuestión, no toda irregularidad tiene la misma gravedad ni puede conllevar la misma sanción. Así la doctrina en general realiza una categorización bipartita de la prueba según sea que en la adquisición de la prueba se hayan violado derechos y libertades fundamentales o no. Gimeno Sendra³ distingue la prueba *ilícita* que infringe cualquier ley ya sea la Fundamental o la legislación ordinaria; en tanto que la prueba *prohibida o inconstitucional* es la que surge como consecuencia de la violación de normas constitucionales que tutelan derechos fundamentales, siendo que dicha violación puede producirse tanto en su adopción como en su ejecución.

De manera similar, Edwards⁴ hace referencia a la prueba *ilegal* como aquella que se ha logrado por medio del quebrantamiento de garantías constitucionales,

³ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal*, 3ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2013, p. 416.

⁴ EDWARDS, Carlos, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 2000, pp. 9 y ss.

bien sea que la prueba en sí misma esté prohibida (torturas o narcoanálisis) o que el procedimiento lo ha sido en violación de garantías constitucionales. Fuera de estos supuestos estaríamos ante prueba irregular. Coincidentemente se expresa Hairabedián⁵ pues considera prueba *ilícita* la que ha sido obtenida violando garantías constitucionales, o su reglamentación directa, y prueba *irregular* que es la que ha violado normas de rango ordinario que regulan la obtención y práctica de la prueba.

Cafferata Nores⁶ distingue entre obtención ilegal e incorporación irregular. El primer supuesto incluye la prueba ilícita, es decir, los datos probatorios que se obtengan en violación de garantías individuales constitucionalmente reconocidas. El segundo, se refiere a aquellos supuestos que se han violado normas procesales referidas a la forma o modalidad legalmente previstas para la producción de una determinada prueba, es decir, la prueba *irregular*. También Peláez Bardales⁷ distingue entre prueba *ilícita* que se obtiene con infracción de derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución y prueba *irregular* que implican una violación de normas legales.

Esta distinción ha sido receptada en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos que legislan sobre las exclusiones probatorias, limitando el concepto de prueba ilícita a aquella que ha sido obtenida en violación de garantías constitucionales o derechos fundamentales. En función de ello, como bien dice Miranda Estrampes⁸, aquella evidencia que ha sido obtenida vulnerando derechos constitucionales no podrá ser incorporada y valorada en el proceso, debiendo ser excluida del mismo. En tanto que los supuestos de prueba irregular quedarán sometidos a las reglas de nulidad.

⁵ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, 2ª ed., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 38.

⁶ CAFFERATA NORES, José, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 20 y ss.

⁷ PELÁEZ BARDALES, José, *La Prueba Penal*, Ed. Grijley, Lima, 2014, pp. 235 y ss.

⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense, *Crónica de una muerte anunciada*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 17.

III. FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Determinar el fundamento que da sustento a la regla de exclusión probatoria tiene una enorme transcendencia pues, según sea éste, la utilización de la misma podrá ser más o menos flexible. Efectivamente, como puse en evidencia, la incidencia de las circunstancias del país en un momento determinado, el aumento de la criminalidad o la variación en su manifestación han tenido incidencia en las excepciones receptadas por la jurisprudencia para admitir prueba ilícita y éstas se justifican en función de cuál es el fundamento u objetivo que se pretende alcanzar al disponer la exclusión probatoria.

El nacimiento de la regla de exclusión se encuentra en la jurisprudencia norteamericana que, a partir de los principios rectores que emanan de la Constitución estadounidense, marcó el camino a seguir cuando la prueba había sido obtenida en violación de aquéllos. Como hice referencia *supra*, la primera decisión de la Corte fue en el ya citado caso *Boyd vs. U.S.*, pero recién fue en el caso *Weeks vs. U.S.*⁹ donde el Máximo Tribunal vinculó la exclusión probatoria con la IV Enmienda de la Constitución norteamericana. En palabras de Miranda Estrampes “[l]a *exclusionary rule* fue concebida como un complemento necesario de los derechos consagrados en la IV Enmienda. La Corte reconoció que los remedios definen derechos, y concluyó sobre esta base que la admisión de evidencias obtenidas por medio de un registro ilegal constituía una contradicción inherente a la propia IV Enmienda, [...] No hay duda alguna de que *Weeks* consideró la *exclusionary rule* como una exigencia o mandato constitucional”¹⁰.

La consideración del mandato constitucional fue evolucionando y su mayor consagración fue en el caso *Mapp vs Ohio*¹¹ pues no sólo ratificó el origen constitucional de la regla sino también obligó a los Estados federados a adoptarla

⁹ 232. U.S. 383 (1914). En este proceso se realizaron dos registros en el domicilio de Weeks sin que mediara orden judicial, en los cuales se incautaron documentación que se utilizó para obtener la condena del imputado.

¹⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Prueba ilícita..., op. cit., p. 23.

¹¹ 367. U.S. 643 (1961). Aquí se ingresó al domicilio de la Sra. Mapp sin tener una orden de registro, con la excusa que había en el lugar una persona escondida y había gran cantidad de documentos políticos escondidos. Ingresaron al domicilio y secuestraron material pornográfico que hicieron valer contra la Sra. Mapp.

pues no importaba si el Tribunal era estatal o federal, todos estaban obligados a aplicar la *exclusionary rule*¹². Sin embargo, este basamento constitucional no se mantuvo en el tiempo, paulatinamente fue perdiendo su origen cuando pasó la época del Juez *Warren* y se transformó en un simple remedio que tiene un efecto fundamentalmente disuasorio que consiste en evitar que, en el futuro, los agentes policiales lleven a cabo actuaciones que impliquen violaciones constitucionales sabiendo que esa evidencia puede ser excluida del proceso¹³.

Así los casos *Hudson vs. Michigan*¹⁴ y *Herring vs. U.S.*¹⁵ significaron la negación del fundamento constitucional de la regla de exclusión, como trataré más adelante. En otras palabras, la misma perdió su razón de ser como protección de los derechos reconocidos en la Carta Magna y esto posibilitó que los jueces pudieran analizar, a fin de resolver en el caso concreto, si el efecto disuasorio resultaba más beneficioso que el coste social que implica la exclusión de la evidencia. Ello lleva a decir a Miranda Estrampes que “[a]unque la Corte Suprema no se ha atrevido, hasta el momento, a derogar formalmente la doctrina *Mapp*, lo cierto es que las últimas decisiones dictadas han reducido de forma drástica su ámbito de aplicación convirtiendo la *exclusionary rule* en un remedio ocasional, prácticamente inexistente o sin sentido. La *exclusionary rule* está muerta o herida de muerte”¹⁶.

En el caso de la República Argentina si bien la CSJN ha seguido en varios temas la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, lo cierto es que, en

¹² Nos dice Miranda Estrampes que *Weeks* y *Mapp* constituyen la época dorada de la regla porque se fortaleció su origen constitucional y se extendió a todo Estados Unidos, época que se desarrolló durante la Presidencia del Juez Warren que fue quien impulsó las garantías de los acusados en el proceso penal (autor cit. *Prueba ilícita...*, op. cit., p. 37).

¹³ Afirma Nieva Fenoll que el efecto disuasorio estuvo en el origen de la regla de exclusión teniendo en cuenta la corrupción que había en la policía en la década de los ochenta del siglo XIX y que fue a través de las sentencias que los Jueces del Tribunal Supremo trataron de limpiar el sistema y “[...] se originó la idea de que la total nulidad de las actuaciones policiales lesivas de derechos fundamentales contribuiría a la mejora del sistema” (autor cit., “Policía Judicial y Prueba ilícita regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”, en *Hechos y razonamiento probatorio* (Coord. Carmen Vázquez), Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2018, pp. 103 y ss). Como puede advertirse, aun con esta idea inicial la jurisprudencia fue vinculando la regla de exclusión a la IV Enmienda.

¹⁴ 547. U.S. 586 (2006).

¹⁵ 555. U.S. 135 (2009).

¹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Prueba ilícita...*, op. cit., p. 179.

materia de exclusiones probatorias, las razones en las cuales se fundamentan uno y otro no han coincidido pues no ha tenido en cuenta ningún efecto disuasorio sino que su fundamento es absolutamente ético, evitar que la administración de Justicia puede beneficiarse de cualquier actuación ilegítima con el fin de llegar a una sentencia condenatoria.

Como hice referencia previamente, el primer caso tratado por la CSJN fue Charles Hermanos en el cual se habían obtenido pruebas de la comisión de un hecho delictivo en un allanamiento ilegal pues no contaba con la orden judicial, quebrantando la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio. La Corte Suprema se pronunció por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos en base a criterios fundamentalmente de carácter ético. Así sostuvo en referencia a los elementos probatorios incorporados que *[...] siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles*¹⁷.

Se pronuncia nuevamente en el año 1981 en Montenegro en el cual se había obtenido pruebas por medio de torturas, afirmando que *[...] otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirlo en beneficiaria del hecho ilícito*¹⁸. Como puede advertirse, el cimero Tribunal pone de relieve el comportamiento ético que debe observar el Estado, no pudiendo la administración de justicia obtener beneficios de la comisión de un delito cometido por los funcionarios policiales. Incluso en este fallo descarta la posibilidad de sancionar al investigador que cometió la infracción por considerar que ello resulta insuficiente frente a la violación de garantías constitucionales, afirmando que *[...] el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios*.

Este principio ético fue reafirmado en el caso Fiorentino en el que también se había llevado a cabo un allanamiento sin orden judicial. Amén de este

¹⁷ CSJN Fallos 46:36.

¹⁸ CSJN Fallos 303:1938.

fundamento axiológico, rechaza la posibilidad de que el fin de persecución penal justifique la utilización de cualquier medio al sostener que [...] *la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales*¹⁹.

Como puede advertirse, el fundamento dado por la CSJN es profundamente ético, pues considera que si compete a los jueces sancionar a quienes violen la ley deben dar el ejemplo, cumpliéndola y la condena que dicten no puede tener como basamento la prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una garantía constitucional. El servicio de justicia no puede beneficiarse de un hecho ilícito.

Si bien es cierto que el cimero Tribunal ha hecho referencia a un conflicto de intereses entre la sanción por el incumplimiento de la ley y la prohibición de vulnerar los derechos de los individuos, lo cierto es que siempre se ha decantado por éste último, considerando que no pueden quedar en letra muerta las garantías establecidas por la Constitución Nacional. En este sentido, resolvió que [...] *el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad –su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley, y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley– ha sido resuelto dando primacía a este último*²⁰. Vuelve a reiterarse en este fallo, pues, el fundamento ético de evitar que la justicia sea beneficiaria de hechos ilícitos.

¹⁹ CSJN Fallos 306:1752. Resultan por demás ilustrativas, por su actualidad, las afirmaciones sobre el tema que realiza el Dr. Petracchi en su voto particular sosteniendo que [...] *la experiencia demuestra que no es por esa vía espúrea y destructiva que puede mejorarse la seguridad general que sólo florece y medra si se procura el perfeccionamiento profesional de los cuadros policiales, dotándolos de un nivel decoroso de existencia y de los medios modernos de investigación, y más aún, en el plano general, a través de la elevación de las condiciones de vida y del pulimiento de la organización social, al que no es ajeno el suministro eficaz de una correcta educación cívica. La aspiración legítima a que se imponga el valor seguridad se frustra, según lo comprueba hasta el hartazgo la historia argentina, por la vía del autoritarismo, y se vislumbra, en cambio, en las perspectivas que abren las sendas de la libertad.*

²⁰ CSJN Fallos 310:1847.

La doctrina de la CSJN ha sido mantenida hasta la actualidad, resolviendo que [...] *no es posible aprovechar las pruebas obtenidas por vías ilegítimas, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas, ya que de lo contrario se compromete la buena administración de justicia*²¹. Ello pone de manifiesto que más allá de todas las elaboraciones doctrinarias en cuanto a los motivos que dan sustento a la regla de exclusión, para nuestro Máximo Tribunal el fundamento ético sigue siendo la razón principal que justifica que se omita valorar prueba obtenida ilícitamente, evitando así que la administración de justicia saque provecho de sus propias ilicitudes. Concuerna Midón que considera que “[...] estamos convencidos que, por esencia, por naturaleza y hasta por necesidad el Derecho tiene en la ética el más firme baluarte que, cual brújula para el navegante, guía su accionar por los mares del mundo. De los contenidos morales que nutren el Derecho se desprenden ideas de justicia, solidaridad, paz, poder, cooperación, seguridad, orden, etcétera, porque es innegable que una ciencia social que abdique de principios elementales de convivencia, como son los que sostienen dichos valores, más que como construcción lógica luce como técnica encaminada a legitimar el uso de la violencia estatal”²².

Así las cosas, los cimientos de la regla de exclusión en nuestra jurisprudencia se encuentran en un fundamento ético que impide al Estado valerse de pruebas obtenidas en violación de garantías constitucionales, aun cuando ello atente contra el descubrimiento de la verdad real. Como sostiene Carrió “[n]o tengo duda de que la regla de exclusión es un golpe considerable al objetivo de saber qué pasó y quién es el culpable de lo que ha pasado. Pero mientras la Constitución siga queriendo que el domicilio sea inviolable, que no nos veamos obligados a declarar en nuestra contra, que no seamos arrestados sino a partir de ciertos supuestos y demás, no me parece mal que el Estado se autolimite en sus facultades y posibilidades de averiguación de la verdad. La regla de exclusión y la búsqueda de la verdad objetiva son cosas que apuntan a objetivos diferentes. Es mejor que aprendan a tolerarse mutuamente”²³.

²¹ CSJN P.528.XLVI.REX. Este fallo es de fecha 17/09/13, lo cual evidencia que la integración anterior de la CSJN mantuvo la doctrina adoptada en el año 1891 en el caso “Charles Hermanos” ya citado. No ha habido ninguna decisión del Máximo Tribunal sobre el tema después de la incorporación en el año 2016 de los jueces Rossati y Rosenkrantz.

²² MIDÓN, Marcelo, *Pruebas Ilícitas*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 80.

²³ CARRIÓ, Alejandro, “Gordon: un caso problemático sobre allanamiento y detención”, *LL*, 1989-B-456.

De tal manera, se advierte que el efecto disuasorio no ha tenido cabida en la jurisprudencia argentina y no se admite que, en función del mismo, pueda realizarse una ponderación de intereses en juego pues por encima de todo se preservan las garantías constitucionales que amparan a todo sujeto sometido a un proceso penal. Ello, evidentemente, limita las posibilidades de aplicar excepciones a la regla de exclusión probatoria.

IV. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

1. Consideraciones previas

Las consecuencias que derivan de excluir pruebas ilícitas no siempre son las mismas puesto que, como dije *supra*, deberá analizarse si el resto del material probatorio obtenido legítimamente permite arribar a una sentencia que determine la responsabilidad penal del sujeto sometido a proceso. Sin embargo, también existe la posibilidad de que se llegue al resultado opuesto, es decir, a la absolución del imputado por no existir otro elemento probatorio que no esté viciado por la ilicitud originaria.

A pesar de estas situaciones, existen posiciones como las de Guariglia²⁴, quien considera que frente a las prohibiciones probatorias no existe otra posibilidad que la invalidez de dicho elemento probatorio, no admitiendo ninguna excepción que permita aceptarlo. Poviña²⁵, por otro lado, concuerda con esta posición pues entiende que la regla de exclusión no cuenta con ninguna excepción y que aquéllas que son denominadas así por la doctrina en realidad no son tales por cuanto, por distintas razones, los procedimientos cuestionados no son declarados inválidos, sino que, bien al contrario, son aceptados por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, lo cierto es que, frente a hechos de especial gravedad, la posibilidad de que no se llegue a determinar la responsabilidad penal por aplicación

²⁴ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 198 y ss.

²⁵ POVIÑA, Fernando, *Regla de exclusión probatoria*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, pp. 156 y ss.

de la regla de exclusión genera reacciones adversas en la sociedad que se ven reflejadas no sólo en las elaboraciones que pueden surgir de la doctrina sino, fundamentalmente, en las decisiones jurisdiccionales que se resisten a dejar impunes este tipo de hechos²⁶. Es así que se pueden distinguir etapas de mayor protección a los derechos individuales y otras que, contemplando las impunidades que generaban, resultaron sumamente críticas de la regla de exclusión y buscaron atemperar sus efectos.

2. Excepciones tratadas por la jurisprudencia norteamericana

Si bien no es posible tratar en profundidad cada una de las excepciones receptadas en la jurisprudencia comparada dada la extensión de este artículo si podemos afirmar que a lo largo de los años, la jurisprudencia norteamericana ha ido morigerando la regla de exclusión probatoria, admitiendo diversas excepciones que en mayor o menor medida han sido aceptadas en la jurisprudencia de los distintos países.

Así una de las primeras excepciones que se aceptó en la jurisprudencia norteamericana fue la de la actuación de buena fe de los funcionarios que intervinieron en la recolección de los elementos probatorios. Si, como ya sostuve, uno de los fundamentos de la regla de exclusión sostenidos por la Corte Suprema estadounidense fue el efecto preventivo o disuasorio que tiene dicha sanción en los funcionarios policiales a fin de que éstos no violen derechos constitucionales para conseguir prueba porque se cierne la amenaza de su invalidación, la actuación de buena fe del funcionario policial hace que el efecto disuasorio o preventivo carezca de significado en estos casos. La Corte Suprema consideró entonces que los costes de suprimir la prueba conforme a la regla de exclusión cuando los beneficios eran prácticamente inexistentes, eran demasiado elevados, especialmente, teniendo en cuenta que la policía había actuado en el convencimiento de que se encontraba habilitada para hacerlo. Sin embargo, para aplicar dicha excepción se ha exigido que la creencia de la policía respecto a la corrección de

²⁶ Aunado a ello, no debemos olvidar las palabras de Hairabedián referidas a cuanto influyen las situaciones políticas y sociales en el tema. La inseguridad ha sido uno de los disparadores de restricción a las exclusiones probatorias ya sea que la misma provenga de criminalidad común como ocurre en nuestro país o criminalidad organizada como los atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos o Europa (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita...*, op. cit., pp. 219 y ss.).

su accionar debe ser objetivamente razonable, no bastando una simple buena fe subjetiva²⁷.

Otra excepción que surge también de la jurisprudencia norteamericana es la mancha diluida o atenuada que analiza la conexión entre la prueba ilícita y la prueba valorada. Si la conexión no es inmediata, o si ésta no deriva directamente de aquélla, entonces el veneno de la actividad irregular se diluye o atenúa y, por lo tanto, la prueba derivada puede ser valorada en el proceso. Así la Corte Suprema en *Wong Sun vs. U.S.*²⁸ consideró que debía analizarse si la prueba había sido obtenida en infracción a una garantía constitucional o por otros medios que son atenuadores de la ilegalidad originaria, purgándose así la ilicitud. Afirma Pinto²⁹ que, en el caso *Brown vs. Illinois*³⁰, la Corte estableció tres factores para considerar que se había atenuado el nexo causal, a saber: el tiempo trascurrido entre la prueba ilícita y la que se quiere excluir, las circunstancias especiales que pudieran presentarse y la finalidad que tuvo en mira el funcionario policial al practicar la medida.

La excepción de la fuente independiente fue tratada en el caso *Silverthorne Lumber Co vs. U.S.*³¹ que si bien rechazó que se abriera un nuevo proceso con base en una prueba que se había obtenido ilegítimamente en un proceso anterior, consideró que los hechos conocidos no eran algo sagrado o inaccesible toda vez que, si el conocimiento se obtenía a través de una fuente independiente que no tuviera conexión con la violación constitucional, dicha evidencia podía ser utilizada como cualquier otro medio de prueba.

²⁷ Algunos casos tratados por la Corte Suprema de Estados Unidos son: *León vs. U.S.* 468 U.S. 897 (1984), *Massachusetts vs. Sheppard* 468 U.S. 981 (1984), *Illinois vs. Krull* 480 U.S. 340 (1987) entre otros.

²⁸ Caso *Wong Sun vs. U.S.* 371 U.S. 471 (1963). En este caso oficiales federales habían detenido al imputado sin causa probable. Sin embargo, una vez que fue liberado, volvió a la oficina policial y realizó una confesión. La Corte admitió la confesión porque el imputado había vuelto voluntariamente y ésta medida estaba lo suficientemente atenuada de la medida original ilícita.

²⁹ PINTO, Ricardo, *La investigación penal y las garantías constitucionales*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2009, p. 298.

³⁰ Caso *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).

³¹ Caso *Silverthorne Lumber Co vs. U.S.*, 251 U.S. 385 (1920).

Ahora bien, si se analiza con detenimiento la fuente independiente se refiere a la existencia de un cauce investigativo distinto a la vía ilícita utilizada, lo cual permite obtener las pruebas cuestionadas mediante un procedimiento lícito. En este caso, Edwards³² estima que se trata de una fuente autónoma y esta autonomía implica la existencia de otras vías de investigación que permiten obtener esa prueba sobre el hecho investigado. Ello significa que la prueba se ha recabado por dos medios distintos, uno lícito y el otro no. Es por dicha razón que Guariglia afirma que no se trata en realidad de una excepción a la regla de exclusión pues “[l]a existencia de una línea de investigación independiente –previa o contemporánea a la acción estatal irregular– y que también conduce a la adquisición del mismo medio de prueba, constituye un modo lícito de obtención de dicha prueba [...] y en consecuencia la prueba es plenamente valorable”³³.

La doctrina de la fuente independiente ha sido utilizada en reiteradas decisiones de la CSJN. Así, la primera vez que se refirió a ella fue en el caso Ruiz, Roque en el cual se había obtenido la confesión del imputado bajo apremios que concluyó con la condena de éste por varios hechos. La Corte revocó la condena de aquellos hechos que habían sido probados a través de la confesión, pero la mantuvo por otros hechos al considerar que [...] *la condena puede sustentarse en otros medios de prueba y constancias del proceso que son independientes de las manifestaciones irregulares, y que han sido obtenidos de manera objetiva y directa*³⁴.

³² EDWARDS, Carlos, *La Prueba Ilegal en el proceso penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 127.

³³ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones...*, op. cit., p. 163. Piénsese en la posibilidad que la policía realice un allanamiento sin orden para obtener objetos que contengan células del imputado para realizar un examen de ADN y el imputado, el día anterior o ese mismo día, se presenta voluntariamente al laboratorio del Cuerpo Médico Forense a fin de se le extraiga una muestra biológica. Así, la misma prueba –la determinación del ADN– puede obtenerse por dos vías, una lícita y otra no. Basta entonces con utilizar la prueba obtenida lícitamente.

³⁴ CSJN Fallos 310:1847. Esta jurisprudencia fue reiterada en fallos posteriores tales como 310:2402 y 317:1985. En este último fallo la CSJN precisó que [...] no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiese llevado al mismo resultado probatorio: es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado. De tal forma, resulta necesario que esa vía de investigación que permita arribar a la prueba en forma lícita exista en la causa y no sea una mera hipótesis del funcionario policial o del órgano acusador.

El supuesto del descubrimiento inevitable fue admitido en el caso *Nix vs. Williams*³⁵ donde la Corte Suprema estadounidense admitió la utilización de una prueba que había sido obtenida ilícitamente por considerar que inevitablemente los funcionarios policiales iban a llegar a su descubrimiento por medios lícitos. Considera Planchadell Gargallo que es una excepción teóricamente fácil de entender porque “[...] supone que el nexo causal y la dependencia entre la prueba ilícita y la derivada se rompen cuando los datos o hechos que la prueba derivada aporta hubieran sido descubiertos o se hubiera accedido a ellos de igual forma por vías procesales lícitas”³⁶.

En efecto, como afirma Pinto³⁷, en este supuesto el Tribunal puede utilizar una prueba, aun cuando su origen sea ilícito, si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente a partir de una fuente independiente lícita. No se requiere que la prueba haya sido efectivamente adquirida, basta que exista esa posibilidad, es decir, que sea hipotéticamente factible pero, como sostiene Hairabedián³⁸ la exigencia de que sea inevitable requiere certeza sobre su ocurrencia futura porque irremediablemente se tropezará con él. Si el descubrimiento no es seguro, deja de ser inevitable, y no se cumple el requisito exigido para que esta excepción sea correctamente utilizada.

Sostiene Miranda Estrampes³⁹ que dicha excepción dio lugar a resultados disímiles, pues se estableció como factor de restricción, la exigencia a la parte acusadora de demostrar fehacientemente la inevitabilidad del descubrimiento.

³⁵ Caso *Nix vs. Williams* 467.U.S.442-443 (1984). En este caso, los funcionarios policiales trasladaron a un sospechoso de homicidio de un Estado a otro. A pesar de que el defensor solicitó que no hablaran con el detenido, los policías lo interrogaron para que dijera donde estaba el cuerpo de la menor asesinada. Éste confesó y dijo donde se encontraba el cadáver. Sin embargo, la Corte admitió la utilización de la prueba, a pesar de su ilegalidad, por considerar que el cuerpo de la víctima iba a ser igualmente encontrado porque los funcionarios policiales estaban haciendo un rastillaje por la zona donde estaba el cadáver que había sido dejado por el detenido.

³⁶ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La Prueba Prohibida: Evolución jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 97.

³⁷ PINTO, Ricardo, *La investigación penal y las garantías...*, op. cit., p. 300.

³⁸ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita...*, op. cit., p. 94.

³⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Prueba ilícita...*, op. cit., pp. 108 y ss.

Coincide Salas Calero⁴⁰ entendiendo que corresponderá al Ministerio Fiscal demostrar que la prueba hubiera sido descubierta igualmente por medios legítimos basándose fundamentalmente en un juicio de probabilidad.

Surge así la diferencia con la excepción de la fuente independiente pues ésta requiere que exista en la causa una línea de investigación actual y comprobada que permita obtener el mismo resultado que el derivado de una violación de garantías constitucionales. En cambio, en el descubrimiento inevitable basta que la adquisición sea hipotéticamente factible constituyendo, por tanto, una verdadera excepción a la regla de exclusión probatoria pues, en este caso, la prueba ilícita va a ser admitida por el tribunal teniendo en cuenta la circunstancia de que hubiera sido igualmente adquirida por medio de una actuación lícita⁴¹.

3. Casos Hudson vs. Michigan y Herrings vs. U.S.

La importancia de estos dos casos se ve reflejada en las consecuencias que tuvieron para la regla de exclusión en la jurisprudencia de Estados Unidos. Como dije *supra*, ambos casos significaron prácticamente la muerte de la mencionada regla, negándole todo basamento constitucional y si bien en todos los casos en los cuales se admitieron excepciones la Corte Suprema norteamericana se fue apartando de la jurisprudencia sentada en *Weeks* y *Mapp*, lo cierto es que en *Hudson* y *Herring* la negación de la vinculación con los derechos fundamentales y las garantías constitucionales fue palmaria.

⁴⁰ SALAS CALERO, Luis, "Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatoria", *Prueba y proceso penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 485.

⁴¹ Edwards confunde ambas doctrinas, la de fuente independiente y descubrimiento inevitable, considerando que la primera de ellas puede presentar dos alternativas: una de ellas es que basta con la simple posibilidad de lograr esa prueba autónoma a través de una vía diferente a la ilícita y la segunda opción es que deba existir concretamente en la causa una vía independiente distinta de la ilegal que permite obtener la prueba (EDWARDS, Carlos, *La prueba ilegal...*, op. cit., p. 128). No comparto la visión de Edwards, la existencia de una fuente independiente no constituye una excepción a la regla de exclusión probatoria como sí lo es el descubrimiento inevitable pues en la primera, la prueba obtenida ilícitamente no se va a incorporar o, eventualmente, no se va a valorar por la existencia de la prueba lícita; en cambio, en el segundo supuesto si se va a admitir la prueba, aun cuando la misma se haya adquirido violando garantías constitucionales, por entender que la misma hubiera sido igualmente obtenida por medios lícitos.

En el caso *Hudson*⁴² la Corte Suprema consideró que el ingreso ilegal en violación de la IV Enmienda no acarrea como consecuencia la exclusión de la prueba obtenida pues las mismas hubieran sido obtenidas igualmente si los policías hubieran esperado el tiempo razonable porque tenían autorización judicial para entrar y, en definitiva, la regla de exclusión no debía aplicarse porque el efecto disuasorio que se pretendía alcanzar no compensaba el inmenso coste social que tenía para la sociedad. Afirma Miranda Estrampes que la Corte estableció un análisis en dos fases "[e]n primer lugar, los Tribunales deben determinar si la violación constitucional fue la causa de la obtención de la evidencia y, además, si la violación no está tan atenuada en relación con los intereses objetos de protección. En segundo lugar, aplicando la técnica de la ponderación de intereses, los Tribunales deben determinar si los costos sociales de suprimir la evidencia superan el beneficio de disuadir futuras violaciones constitucionales"⁴³.

Como puede advertirse, ya no sólo se analiza la finalidad de disuadir futuras conductas que resulten violatorias de disposiciones constitucionales para disponer una exclusión probatoria. Y ello es así pues, aunque dicha finalidad se cumpla, igualmente deberá tenerse en cuenta el coste social que se produce con su aplicación, si este último es mayor, no debe excluirse la prueba del proceso. Esto se evidencia en las palabras del Juez Scalia, redactor de la opinión mayoritaria, que sostuvo que la regla de exclusión debe ser el último recurso a aplicar y no el primer impulso.

La Corte reiteró esta posición en *Herring*⁴⁴ afirmando que la violación a la IV Enmienda en modo alguno tiene como consecuencia directa la exclusión de la prueba pues debe evaluarse cual es el coste de aplicarla, máxime en este caso

⁴² En este caso los policías tenían orden de registro para el domicilio de *Hudson* pero no respetaron la regla del *knock and announce* que implica que deben golpear y esperar un tiempo razonable antes de ingresar. Los policías ingresaron inmediatamente de golpear y secuestraron drogas y armas. En el precedente *Banks vs U.S.* 540 US 31 (2003) se consideró que el plazo de espera razonable era como mínimo de 15 a 20 segundos cuando no se recibía respuesta después de tocar y se temía que pudieran destruir la evidencia.

⁴³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Prueba ilícita...*, op. cit., p. 163.

⁴⁴ Aquí se trató de una detención irrazonable pues se basó en un orden de arresto que había sido retirada pero que no figuraba en la base de datos. De tal manera, cuando se tomó conocimiento que esa orden había caducado *Herring* ya había sido detenido encontrándose en su poder droga y un arma, hechos por los cuales fue detenido y condenado.

que la policía había actuado de buena fe. Así sostuvo la Corte que *[l]a regla de exclusión no es un derecho del acusado; sino simplemente un remedio aplicable sólo cuando dicha supresión de lugar a una disuasión que compense los costos que supondría aplicarla para el sistema de justicia.*

Esta doctrina fue ratificada en *Utah vs. Strieff*⁴⁵ del año 2016, lo que pone en evidencia que la regla de exclusión probatoria ha pasado a ser un remedio excepcional frente a la ampliación de los supuestos en los que se deniega su aplicación. En otras palabras, la regla general es admitir la prueba viciada pues, como afirman Eusamio Mazagatos y Sánchez Rubio⁴⁶, ha pasado a ser realmente novedoso encontrar algún caso en el cual el Tribunal no haya valorado prueba ilícita.

4. Principio de proporcionalidad como excepción a la exclusión probatoria

Considerar el principio de proporcionalidad como una excepción a la regla de exclusión es propiciada por la doctrina argentina y utilizada en el derecho continental-europeo. Afirman Cafferata Nores y Hairabedián⁴⁷ que para decidir si se aplica la regla de exclusión, se tiene que tener en cuenta la relación de importancia y gravedad que tiene el acto ilegal y las consecuencias negativas que pueden derivarse de considerar dicha actuación como ineficaz. Sostienen los autores que el principio de proporcionalidad se utiliza en la jurisprudencia alemana pero limitado a situaciones inusuales y excepcionales y siempre que dicha prueba ilícita sea el único camino para proteger otros valores fundamentales y más urgentes.

Coincide Mongenster quien plantea la necesidad de un esquema normativo basado "[...] en una ponderación que incorpore y les dé peso a factores como el descubrimiento de la verdad, la necesidad de mantener una justicia funcional y eficaz, la existencia de cierta proporcionalidad entre la intensidad de la lesión producida y la gravedad del delito investigado y el conocimiento de la violación

⁴⁵ 579 U.S., 136 S. Ct. 2056 (2016).

⁴⁶ EUSAMIO MAZAGATOS, Ester, SÁNCHEZ RUBIO, Ana, *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 137.

⁴⁷ CAFFERATA NORES, José, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La Prueba en el proceso...*, op. cit., pp. 35 y ss.

por parte del agente público⁴⁸. Considera el autor que debe tenerse en cuenta si la severidad del daño causado por el delito investigado es desproporcionadamente superior a la irregularidad cometida por los agentes estatales. Así, ha de imponerse una matización a la regla de exclusión pues deberá hacerse una ponderación entre el derecho a llegar a la verdad procesal y la obligación de acceder a ella a través de caminos legales.

Si bien es cierto que la CSJN no lo ha considerado como una excepción a la exclusión probatoria, no es menos cierto que en algunos fallos se ha referido a la necesidad de realizar una ponderación de los intereses en juego. En efecto, en el caso "Daray"⁴⁹ en el voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Bossert se sostuvo que *[...] en cuanto a las objeciones a la actuación policial, corresponde examinar si ellas tienen entidad suficiente para que, en aras de resguardar la garantía del debido proceso, deban desecharse todas las evidencias recogidas en el curso del procedimiento, o si, por el contrario ellas deben ser admitidas, so pena de malograr la búsqueda de la verdad que resulta esencial para un adecuado servicio de justicia [...]* Al respecto cabe recordar que *la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro y que tan delicado equilibrio se malogra cuando se abusa de la facultad de anular actos procesales en casos en que resulta innecesaria tal anulación para preservar la garantía de defensa en juicio o debido proceso, lo que puede tornar en la práctica estéril la persecución penal del delito.*

Como se advierte, la necesidad de realizar una ponderación de los intereses en juego, de una manera muy tímida, tuvo presencia en el voto de algunos miembros de la CSJN. Sin embargo, mientras se considere que la regla de exclusión tiene un fundamento ético, las posibilidades de considerar excepciones son extremadamente limitadas. Y aun cuando la Corte Suprema ha tenido en cuenta la gravedad de los hechos, esto puede valorarse siempre que no se hayan violado garantías constitucionales.

⁴⁸ MORGENSTERN, Federico, "Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal", *Revista de Derecho Penal*, 2014-8, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, www.abeledoperrot.com

⁴⁹ CSJN Fallos 317:1985.

En este sentido, la CSJN al hacer referencia a casos de extrema gravedad como lo fue en nuestro país el atentado a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) en el cual murieron ochenta y cinco persona y ciento veinte resultaron lesionadas, sostuvo que [...] *dicha magnitud –obvio es decirlo– no debe ser entendida en modo alguno como salvoconducto para vulnerar los derechos de los imputados. Sin embargo, ello no autoriza a descartar con ligereza parte de las pruebas acumuladas en el legajo, sin que a su respecto se hubiera comprobado violación de garantía constitucional alguna, puesto que, en el caso, la extrema gravedad de los hechos, así como su repercusión y desgraciadas consecuencias, imponen el mayor de los esfuerzos en la recolección de evidencias en pos de arribar a la verdad material*⁵⁰. La decisión de la CSJN pone en evidencia que, aun frente a la gravedad de los hechos investigados, no puede resignarse el debido respeto a los derechos fundamentales.

5. La notoria realidad de los hechos descubiertos

Quizás una de las verdades de las que nadie duda es que el efecto disuasorio de la regla de exclusión no ha cumplido la función requerida y, lejos de ello, ha posibilitado que el abanico de excepciones sea cada vez mayor quedando la misma relegada a casos casi excepcionales. La variada jurisprudencia norteamericana donde se han justificado todo tipo de conductas irregulares de los funcionarios policiales son un buen ejemplo de ello.

En este sentido, Nieva Fenoll⁵¹ considera que la única excepción posible a la regla de exclusión debe ser el descubrimiento de la realidad. De tal manera afirma que “[s]i la entidad de lo descubierto es de tal notoriedad que pese a la vulneración de los derechos fundamentales no hay motivo alguno para sospechar de manipulación policial, la prueba no deberá ser expulsada del proceso. [...] lo descubierto será considerado auténtico si no hay motivo alguno, en absoluto, para dudar de su veracidad”⁵². Como consecuencia de ello, es posible sancionar al policía infractor pero se evita el perjuicio para la sociedad de que una persona culpable sea absuelta porque la prueba de cargo debe ser excluida del proceso.

⁵⁰ CSJN Fallos 332:1210.

⁵¹ NIEVA FENOLL, Jordi, “Policía Judicial...”, op. cit., pp. 116 y ss.

⁵² *Ibidem*, p. 117.

Así, a pesar de la vulneración de los derechos fundamentales se puede descartar la manipulación policial porque lo descubierto resulta ser absolutamente notorio y, por ende, acorde a la realidad de lo ocurrido. Por el contrario, si se separa de la realidad, lo más probable es que esa prueba haya sido manipulada, correspondiendo por lo tanto su exclusión del proceso. Por ejemplo, en el ya citado caso *Nix vs. Williams* entiende Nieva Fenoll⁵³ que más que por la excepción del descubrimiento inevitable, la sentencia debió ser confirmada porque la realidad era notoria pues sólo el autor podía saber dónde se encontraba el cadáver y se encontraron vestigios del autor en el mismo lugar.

Como hice referencia *supra* entiende el autor que el policía infractor debe ser sancionado pues ello resulta más eficaz que anular una prueba y, como consecuencia, frustrar una investigación. Considera que un policía que vulnera derechos fundamentales no merece estar en la institución policial, sin perjuicio que se puedan establecer graduaciones en función de la sanción cometida.

Recapitulando, la propuesta de Nieva Fenoll consiste en determinar si lo descubierto se condice con la realidad en cuyo caso, pese a la vulneración de los derechos fundamentales, dicha prueba no debe ser excluida y corresponderá la sanción del policía infractor. Ello permite que los ciudadanos no paguen el costo de una mala actuación policial y se logre el descubrimiento de la verdad, siendo éste, uno de los fines del proceso penal.

V. CONCLUSIONES

La legitimidad de los elementos probatorios que permiten fundar una sentencia de condena constituye una de las bases esenciales del Estado de Derecho. La regla de exclusión probatoria permite invalidar y excluir del proceso penal toda prueba obtenida ilícitamente.

Cierto es que en muchos casos, la aplicación de la regla de exclusión deja una sensación de injusticia en toda la sociedad pues implica que el Estado no ha cumplido con su cometido de identificar a los responsables de un hecho delictivo y aplicar la correspondiente sanción penal. Esta sensación es incluso mayor

⁵³ *Ibidem*, p. 122.

cuando se trata de hechos de especial gravedad o de criminalidad organizada, por lo que lograr un equilibrio entre valorar prueba que se ha obtenido en violación de derechos fundamentales para cumplir con el cometido de sancionar a los responsables y descartarla, respetando los derechos fundamentales del imputado, no es una tarea sencilla.

Indudablemente bregar por el correcto accionar de las fuerzas de seguridad es un objetivo primordial pero lo cierto es que resulta una utopía pensar que ningún funcionario policial va a cometer alguna irregularidad en la investigación de los hechos delictivos y la recolección de los medios probatorios. Si bien la solución de sancionar al policía que comete la infracción resulta más eficaz para evitar que a futuro se vuelvan a cometer actos que resulten violatorios de derechos fundamentales, la realidad es que ello no soluciona el problema central que es si esa prueba va a poder ser valorada en el proceso o debe ser necesariamente excluida.

Considero que la posición de la Corte Suprema norteamericana es sumamente peligrosa en cuanto abre la puerta a una infinidad de excepciones, transformando la regla de exclusión probatoria y, por ende, la protección de los derechos fundamentales prácticamente en letra muerta. Como bien afirma la doctrina, lo llamativo es encontrar un caso donde no se haya valorado alguna prueba ilícita, lo cual en modo alguno puede ser admitido en un Estado de Derecho.

Igualmente, y como la otra cara de la moneda, entiendo que tampoco resulta adecuada la posición de la CSJN que no admite prácticamente ninguna excepción. Y digo ello, porque como ya hice referencia, la fuente independiente no constituye, en rigor de verdad, una excepción propiamente dicha pues la prueba fue adquirida por dos vías diferentes. Es cierto que los órganos de persecución deben ser respetuosos de los derechos fundamentales de los individuos, pero también lo es que muchas veces la exclusión de prueba en casos de extrema gravedad puede resultar excesivo frente a la leve lesión producida, con el perjuicio que ello implica para todos los ciudadanos.

Resulta interesante la posición expuesta por Nieva Fenoll en cuanto a establecer como una excepción posible la notoria realidad de los hechos descubiertos. Esta postura que entiendo cercana al descubrimiento inevitable permite descartar en mayor medida la posible manipulación de la prueba por parte del

personal policial. Coincido en cuanto que si la realidad de lo descubierto es palmariamente notoria no existe razón para excluir dicha prueba porque se puede dar cuenta de su autenticidad pero, tal como exige el autor, ello no puede basarse en una confianza general en el accionar de los funcionarios policiales, la evidencia debe existir al margen del accionar policial.

Encontrar el equilibrio no es una tarea sencilla, la permanente evolución de la jurisprudencia sobre el tema dan buena cuenta de ello. Esto demuestra que no es un tema agotado sino que se debe seguir trabajando porque toda persona tiene derecho a transitar un proceso penal con las debidas garantías y todos los individuos deben tener confianza en que el Estado cumple con su función de perseguir y castigar a quienes cometen hechos delictivos mediante un debido proceso penal.

Bibliografía

- CAFFERATA NORES, José, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- CARRIÓ, Alejandro, "Gordon: un caso problemático sobre allanamiento y detención", *LL*, 1989-B-456.
- EDWARDS, Carlos, *La Prueba Ilegal en el proceso penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- EDWARDS, Carlos, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 2000.
- EUSAMIO MAZAGATOS, Ester, SÁNCHEZ RUBIO, Ana, *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal*, 3ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2013.
- GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

- HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, 2ª ed., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.
- MIDÓN, Marcelo, *Pruebas Ilícitas*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.
- MIRANDA ESTRAMPES, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense, Crónica de una muerte anunciada*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019.
- MORGENSTERN, Federico, "Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal", *Revista de Derecho Penal*, 2014-8, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, www.abeledoperrot.com
- NIEVA FENOLL, Jordi, "Policía Judicial y Prueba ilícita regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base", en *Hechos y razonamiento probatorio* (Coord. Carmen Vázquez), Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2018.
- PELÁEZ BARDALES, José, *La Prueba Penal*, Ed. Grijley, Lima, 2014.
- PINTO, Ricardo, *La investigación penal y las garantías constitucionales*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2009.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La Prueba Prohibida: Evolución jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014.
- POVIÑA, Fernando, *Regla de exclusión probatoria*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013.
- SALAS CALERO, Luis, "Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatoria", *Prueba y proceso penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Coord. Juan Luis Gómez Colomer), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

REVISITANDO A SÍSIFO EN EL HADES PROCESAL*

Francisco Ramos Méndez
Catedrático de Derecho Procesal

Sumario: I. LA OPORTUNIDAD DE UNA RENOVADA VISITA A SÍSIFO. II. LA MENGUADA TRANSFERENCIA DEL CONOCIMIENTO PROCESAL. III. LA FATIGA Y EL EMPACHO DE GARANTÍAS PROCESALES. IV. EL CULTIVO DE LA NADA PROCESAL. V. TEJER Y DESTEJER LA MADEJA DE LOS ENVOLVENTES MODELOS PROCESALES. VI. DESPEDIDA DE SÍSIFO EN ESTE NUEVO ENCUENTRO.

I. LA OPORTUNIDAD DE UNA RENOVADA VISITA A SÍSIFO

En el mes de agosto del año de gracia de 1986, en el marco de las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Bogotá (Colombia), tuve la ocurrencia y providencial ocasión de presentar a Sísifo a la comunidad de procesalistas asistentes a dicho evento¹. Evocando sus denodados esfuerzos por subir una piedra enorme a lo alto de una montaña, invitaba al ilustre auditorio a efectuar una reflexión de fondo sobre la evolución de la ciencia procesal en el siglo XX y sus denodados esfuerzos por desgajarse del derecho material y vivir su aventura vital con autonomía científica propia. Desfilaba al punto, marcial y pisando fuerte, la trilogía clásica de las categorías “acción, jurisdicción y proceso”, seguida a corto paso por las garantías constitucionales y su ímpetu por insuflar el ordenamiento procesal de tutela efectiva. Monitorizados por Sísifo, se desgranaban consideraciones sobre la correspondencia del discurso y

(*) Este memorándum sumario está destinado a formar parte de la brevísima relación de las festivas demostraciones y justas académicas, celebradas en la ciudad de Híspalis, hoy Sevilla, en honor del eximio Profesor José de los Santos Martín Ostos, Catedrático de Derecho Procesal de su Universidad, por amigos, colegas y escolares venidos de todos los reinos de España, de Indias y de territorios de Ultramar, en dicha feliz ocasión. Dedicála el autor a su eminente compañero, en testimonio de su estima personal y reconocimiento de su magisterio intelectual y humano.

¹ La crónica de aquella puesta en escena y la transcripción de mi intervención puede verse documentada en RAMOS MÉNDEZ F., *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, Barcelona, 2004, pág. 9.

diseño teórico de los principios proclamados con el funcionamiento práctico de las instituciones procesales en la realidad y se invitaba a poner el termómetro al cumplimiento efectivo de las garantías. Despedíamos por entonces a Sísifo, no sin antes señalar algunos deberes al procesalismo para rentabilizar sus trabajos incidiendo en la mejora de los instrumentos procesales y obviar así los riesgos de inutilidad de los mismos.

Transcurrido un tercio de siglo desde aquella visita, la ocasión de estas justas académicas y de otros notables eventos ocurridos en fechas cercanas² propician una nueva visita al Hades, donde Sísifo continúa con la rutina de su inútil trabajo. No se trata de una nueva entrega de una película de éxito, ni de un ulterior capítulo sobre las aventuras del personaje. Intuyo sencillamente que el lapso de tiempo transcurrido desde la anterior visita es suficientemente significativo para aproximarnos, de la mano de Sísifo y al compás de sus renovados trabajos por domeñar el peñasco, a algunos aspectos de la andadura de la ciencia procesal desde entonces. Invito, pues, al curioso interesado a acompañarme en esta nueva visita al Hades, inframundo que reúne a todos los países y a ninguno en especial, escenario donde se desarrollan los episodios siguientes, con actores de ficción, que excluyen cualquier parecido con la realidad.

II. LA MENGUADA TRANSFERENCIA DEL CONOCIMIENTO PROCESAL

En una disciplina con vocación eminentemente operativa como el Derecho Procesal, el objetivo primordial de su razón de ser sería trasladar los avances doctrinales a la práctica, mejorando la operatividad, la eficiencia, el saber hacer. *Grosso modo* y salvando todos los matices, el objeto central de nuestra ciencia es el juicio, como método del derecho. Siendo coherentes con nuestra condición de

² Me es grato dejar constancia de la celebración, los días 4-6 de septiembre de 2019, del XL Congreso Colombiano de Derecho Procesal, presidido por el Profesor Jairo Parra Quijano, en el que se conmemoraba el 50 aniversario de la creación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y se rendía homenaje a la memoria de los Profesores Hernando Devís Echandía, Hernando Morales Molina y Adolfo Mina Balanta. En dicha efemérides, evocando con inmensa gratitud a tan preciados maestros, tuve ocasión de anunciar los preparativos de mi renovada visita a Sísifo en el Hades. ¡Y es que Colombia es la cuna del nacimiento de mis reflexiones sobre el mito de Sísifo y el Derecho Procesal y estaba cantado que allí se iniciaría también algún día el nuevo reencuentro!

estudiosos, habría que entender que trabajamos en perfeccionar el instrumento, la herramienta, para lograr mejores resultados en la definición del derecho. En todas las disciplinas científicas los hallazgos teóricos o experimentales se trasladan de inmediato a la práctica. Se mejoran el producto, los procesos de obtención, la gestión, la distribución, tan pronto se descubre un modo mejor de hacer las cosas. Se revisan los modelos e incluso se codifican los pasos a seguir en protocolos de actuación, que se actualizan periódicamente al compás de los avances científicos. Los cultivadores de cada especialidad son apreciados en la comunidad internacional y cotizan por su valía y sus logros.

Hay que preguntarse si en el Derecho Procesal las cosas se producen conforme a este paradigma esperado, si la realidad procesal que se observa se corresponde con el estado de la técnica y con el grado de desarrollo de la disciplina.

Para hacer este diagnóstico la metodología adecuada induce a observar ante todo la realidad de nuestros juicios, tal como se producen en el foro. Probablemente, la situación de cada país es diferente, pero ello no impide tomar en consideración diversos parámetros convencionales de medida, que son sensibles o determinantes. En esta corta visita al Hades no es factible detenerse en detalle en cada uno de los antros que lo pueblan. Por eso elegiré al azar un breve muestreo de lo que ofrecen y ocultan a nuestros ojos.

Un campo primario de observación para el Derecho Procesal es el análisis de la jurisprudencia, que, al fin y al cabo, documenta el resultado de los juicios y narra el camino recorrido en la búsqueda del derecho en cada caso. A este respecto, Sísifo nos insinúa que en el Hades la jurisprudencia acusa indicios de avanzada desertización científica, pues carece ostensiblemente de todo atisbo de citas doctrinales. Objeto que, tal vez, este recurso a las autoridades científicas no es necesario e incluso hay quien lo considera contraproducente. Sea como fuere, lo comprobable es que, entre nosotros, las citas doctrinales están excluidas de hecho de la jurisprudencia. Como si no hubiera autoridades. En el pasado, hubo escasísimas concesiones a menciones como "la mejor doctrina", el "sector doctrinal mayoritario", pero siempre de forma innominada, casi vergonzante, y, a lo sumo, extraída de publicaciones del propio CGPJ, de suministro gratuito para las bibliotecas judiciales, es un suponer. Pero estas *raras avis* han desaparecido incluso del mapa, tras la publicación masiva de la jurisprudencia y el abuso de la herramienta de cortar y pegar. Las sentencias solo citan otras

sentencias, aplicando indiscriminadamente un corte textual, sin verificar muchas veces los hechos del caso en que se ha dictado. En esta labor de engorde del texto de la resolución, no hay transferencia alguna de conocimiento procesal, sino pura endogamia que conduce al empobrecimiento del producto que se obtiene mediante un juicio. Tal vez no sea decisivo, pero es un indicio relevante del nulo aprovechamiento de la ciencia procesal.

Para no quedarnos en el mero aperitivo, busquemos algo de mayor enjundia, que abunde en el argumento de fondo. Agarremos ahora la piedra de Sísifo, por ejemplo, por el capítulo de la prueba. ¡Dios, pero qué más se puede decir desde el punto de vista doctrinal! Contrasta el altísimo nivel dogmático conseguido en la materia, el despliegue de medios y cabezas pensantes dedicados a su estudio y el bajísimo rendimiento de tales esfuerzos en la práctica judicial.

Si se observa la producción de litigios, se podrá comprobar qué atención se dedica a la prueba en muchos de ellos. Algunos tribunales tienen aversión a las pruebas, sobre todo orales, incluso en procesos penales, porque consumen tiempo. Salvo en algunos casos mediáticos o expuestos al escrutinio de los medios, la mayoría de los asuntos se desenvuelve con notable ahorro de pruebas. Si, por lo demás, pensamos en la promoción a ultranza de medios alternativos, en la inducción más o menos forzada a la conciliación, a la mediación, a la conformidad con la pena a cambio de alguna ventaja en la condena, entonces comprobamos que los esfuerzos dogmáticos en torno a la prueba apenas se convierten en anécdota y en entretenimiento de los expertos. La práctica lo que quiere es liquidar los juicios cuanto antes y con el menor esfuerzo posible. En esta tendencia irrefrenable, la prueba es un estorbo prescindible. Fatiga seguir las reglas y discriminar lo probado de lo no probado. Si acaso, con la apreciación conjunta ya nos apañamos. Pero, ¿dónde queda y para qué ha servido tanto esfuerzo dogmático de elaboración de la institución?

Sísifo nos pide ahora que le echemos una mano para soportar alguna de las lacerantes aristas de la casación y del amparo, que le destrozan el hombro sudoroso al empujar el oneroso y descomunal pedrusco. No estoy seguro de que debamos sucumbir a su invitación meliflua, por cuanto la doctrina se ha desgañitado a hacer con creces sus deberes en estas materias. ¿Cuánta literatura se ha dedicado a estos artificialmente sofisticados instrumentos y qué resultados se han transferido a la mejora de estos?

La primera arista nos hace recordar sumariamente que, pese al reconocimiento prelegislativo del absoluto fracaso del pomposamente denominado recurso extraordinario por infracción procesal, ahí sigue, degradado, con una regulación que se ampara en una Disposición Transitoria. ¡Toda una herramienta pretendidamente técnica en las cloacas de la ley! Buen lugar para aparcarlo desde luego, ya que no puede sacar pecho por sí mismo, sino de la mano del recurso de casación.

La segunda arista provoca un agrí dulce contento en Sísifo, que nos espeta a bocajarro: ¿Qué decir de todo un Tribunal Supremo y también de un Tribunal Constitucional dedicando sus mejores esfuerzos a inadmitir recursos de casación y demandas de amparo, a dar con la puerta en las narices a los confiados litigantes que acuden a sus sedes? Los resultados son turbadores, porque conducen a una perversión diabólica de los cometidos que se esperan de un tribunal de justicia. La nula transferencia de conocimiento procesal en este campo conlleva que la inadmisión de los recursos sea puramente caprichosa, menospreciando las reglas objetivas por las que apuesta la ley, que tantas veces ha explicado razonablemente la doctrina, pero que los excelsos tribunales modulan a su arbitrio. Ante esta situación, tremendamente sarcástica, los operarios del foro han tenido que exigir de sus clientes un descargo de responsabilidad por escrito antes de asumir la formulación de recursos tan extremadamente inciertos. ¡Hasta tal punto se ha extremado el divorcio entre los aportes doctrinales y los usos judiciales!

Un caso sangrante y de rabiosa actualidad en cuanto al desaprovechamiento del estado de la técnica y la nula transferencia de conocimiento procesal a los códigos procesales y al foro es el relativo a las acciones colectivas. La doctrina hace tiempo que ha diseñado y perfeccionado este instrumento, que permite dilucidar en un solo juicio controversias que afectan a una pluralidad de interesados, sin necesidad de que litiguen todos, y excluyendo la obligación de que cada uno inicie un juicio individual por su cuenta.

Por pura desidia o incompetencia del legislador este mecanismo no está activado convenientemente en nuestro sistema. Ello ha conducido a que un incommensurable número de cuestiones hipotecarias, cláusulas abusivas, gastos de las hipotecas y demás controversias ligadas a la crisis económica de los últimos años haya desembocado en incontables litigios individuales, todos ellos del mismo tenor, con un resultado cantado de antemano. Ningún sistema procesal

es capaz de gestionar tamaño aluvión de casos a la vez en un plazo soportable. Otra vez un solo juzgado luchando contra los molinos de viento. A estas alturas, el legislador no se ha enterado todavía de que hay otra forma más racional de hacerlo, que la ciencia procesal tiene patentada ya hace tiempo. Nulo trasvase de conocimientos. Desprecio del estado de la técnica. Trabajo inútil en el foro, redundante, al estilo de Sísifo.

Lo ocurrido con la crisis hipotecaria ha acentuado, si cabe todavía más, otro viejo índice de divorcio entre los avances de la ciencia procesal y los productos legislativos. Entre nosotros, es inveterada la ausencia de paternidad conocida de nuestras leyes procesales. Se legisla por impulso, al socaire de los casos, sin programación alguna y luego nadie quiere dar la cara. En materia hipotecaria, resulta patético observar cómo se ha ido legislando por aluvión, al ritmo de los fallos condenatorios del TJUE. Hay que decir, en descargo de la doctrina procesal, que todo ello se ha producido por ningunearla, por ignorar sus capacidades y competencias, por improvisar.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero en esta corta visita al Hades no es posible sacar a la luz todos los trabajos inútiles que prodiga Sísifo y que evidencian la escasa transferencia de conocimiento científico que, en demasiadas ocasiones, se produce entre ciencia procesal y las aplicaciones que le son propias. Esta fuga de esfuerzos no es coherente con el tenor del trabajo científico y su esperada proyección en la realidad sobre la que trabaja. Quede, pues, alertado el visitante del Hades de que se hace imprescindible la puesta en valor de la ciencia procesal. Esta debe recuperar su papel de guía en la elaboración de las leyes y ejercer decididamente de lobby sobre el foro, no buscando la rentabilidad propia, sino aportando desinteresadamente sus conocimientos para la mejora de las instituciones procesales.

III. LA FATIGA Y EL EMPACHO DE GARANTÍAS PROCESALES

Al proseguir nuestro recorrido por el Hades, advertimos ahora que Sísifo nos observa con el rabillo del ojo y sonríe sardónico, porque las garantías, uno de los mejores descubrimientos técnicos que impregna el sistema procesal, donde están llamadas a exhibir con fuerza toda su operatividad, en ocasiones, parecen acusar fatiga, en otras, empacho, borrachera, orgía, lo que, como es natural, ocasiona el consiguiente desconcierto.

Es tolerable que las garantías sean un tanto exhibicionistas y que incluso se interpreten de forma expansiva. Pero, por diversas razones, su operatividad, su eficiencia no siempre se produce, o no lo hace en la forma esperada, o confluyen interferencias externas, que pudieran inducir a pensar que estamos haciendo rodar la piedra de Sísifo. Para nuestro desespero, en ocasiones, algunas garantías parecen oprimir al ciudadano normal y otras se quedan en la mera virtualidad de la promesa que no se cumple.

Qué duda cabe de que las garantías procesales que rodean el proceso penal debieran ser siempre el báculo del ciudadano. Sin embargo, por ejemplo, soportar la presión de la presunción de inocencia, o del derecho a guardar silencio, o del devenir de una cansina, pegajosa e interminable instrucción penal, que se prolonga durante años, es terriblemente incómodo para un ciudadano normal. Molesta incluso la terminología técnica al uso. No encontramos una palabra satisfactoria o neutra para designar al sujeto potencial de un proceso penal, que no cause difamación anticipada: imputado, investigado, encausado, sospechoso. Cualquier rótulo que individualice a un ciudadano a las puertas de un tribunal ya arroja anticipadamente un reguero de incertidumbres sobre su conducta. Probablemente porque ello es inevitable en la configuración del sistema, pero, sobre todo, porque la sombra de la duda se alarga en el tiempo y, quíerose o no, deja mácula, cuando no daños colaterales³.

Como los casos que se ventilan en los tribunales son siempre actuales, reales, incitantes, novedosos, inagotables, los que se presume pueden tirar de la audiencia ejercen una seducción irresistible sobre los medios, que no vacilan en programar juicios paralelos, desmenuzados con pelos, señales, morbo y comentaristas no neutrales. En este escenario de *reality show*, la presunción de inocencia, el secreto de la investigación, la mayor o menor fiabilidad de los testigos, la

³ A veces, las consecuencias se producen sin que ni siquiera exista un proceso penal en marcha, ni perspectivas fundadas de que se incoe en un futuro próximo. Díganse lo si no a Plácido Domingo, el barítono español señalado recientemente por un medio de comunicación estadounidense como sospechoso de conducta inapropiada hacia sus colegas femeninas hace más de un cuarto de siglo. Sin entrar en el fondo de la cuestión, que podría admitir todas las respuestas y matices que se acomoden a la sensibilidad de cada uno, lo cierto es que la presunción de inocencia no le ha servido para que no se cancelaran ipso facto un gran número de sus actividades profesionales en curso. Ha podido más el derecho más absoluto que existe en estos momentos, la libertad de información, que sentencia inmisericorde a buenos y malos, a tirios y troyanos, indiscriminadamente, sin juicio, según el vaivén de las mareas.

independencia del juez, las profecías sobre la sentencia y todas las categorías del sistema procesal se frivolizan descarnadamente y sin tapujos. Ello populariza una falsa visión de lo procesal, que es la que queda en la memoria colectiva. Entre nosotros no hay ningún programa de casos judiciales *more hispano*. Casi todo ocurre a imagen y semejanza de Yankilandia y, en este punto, lo que vemos en algunas series de éxito comercial no es precisamente un ejemplo a imitar.

En cambio, estas mismas garantías son el impecable manual de confort del profesional de la delincuencia, el catecismo que le ayuda a construir una sólida actividad empresarial delictiva, con riesgos calculados, que garantizan un saldo favorable en el precio a pagar por el delito. Quien no ha advertido que una escucha telefónica mal conducida –otra vez la prueba– a quien más ha aprovechado ha sido a narcos, a terroristas o a políticos corruptos. En esta tesitura es inevitable que se produzca una cierta desazón o desconcierto en el ciudadano de a pie sobre el funcionamiento de las garantías procesales en algunos casos⁴. ¡Como si el peñasco de Sísifo se le cayese encima una y otra vez!

Abundando en la reflexión sobre este punto, puede parecernos una falacia aventurar que existan un umbral delictivo mínimo y otro máximo en el acceso al proceso penal. Teóricamente, el principio de legalidad –*nullum crimen, nulla poena, sine iudicio*– garantiza que el sistema es omnicompreensivo: no existen espacios inmunes, ni por la levedad ni por la gravedad de la infracción, en los límites definidos para cada delito por el Código Penal.

Sin embargo, la observación de la realidad nos produce un cierto desconcierto. Con una peligrosa inconsciencia hemos creado una categoría o batiburrillo de lo que llamamos delitos bagatela, que, si los hemos listado en el Código Penal, por algo será. No obstante, a la hora de la verdad, parece como si el principio de intervención mínima predicable del derecho penal los expulsase *de facto* del Código. Un creciente número de estos menudeos penales, de autor desconocido o que ni siquiera nos molestamos en buscar con ganas, porque otros objetivos

⁴ En cambio, contrasta evidentemente con los dogmas hasta ahora adquiridos que, recientemente, nuestros tribunales no hayan tenido inconveniente en echar por los suelos o reinterpretar toda la teoría de la prueba ilícita en relación con la “lista Falciani”, con el regalo añadido de denegar la extradición de dicho sujeto a su país de origen. Y es que algunos malpensados pudieran intuir que las perspectivas de una recaudación fiscal extraordinaria –Hacienda somos todos– ayuda a ver las cosas de otra manera.

preferentes reclaman nuestra atención, ni siquiera llegan al umbral de los tribunales mediante la oportuna denuncia o atestado. Se archivan sin más, como un dato estadístico, a la espera de que se pudran irremediadamente. Si la policía detiene a los autores conocidos, los tribunales los sueltan de inmediato a la espera del juicio. La reincidencia no contabiliza, se ve como un agravio al pundonoroso profesional de la delincuencia. Cuando llega el juicio, muchos no acuden y no pasa nada. En muchos casos, no puede haber condena por falta de pruebas. Descorazonador. Deberíamos preguntarnos qué porcentaje de casos es tolerable o asumible que no entre siquiera en el sistema. ¿Acaso se impone *de facto* un umbral inferior de acceso al procesal penal, sin el cual no se activa? Ciertamente, la defección no es del todo atribuible al sistema procesal, pero este es el chivo expiatorio que la evidencia.

Puede detectarse un fenómeno similar por arriba, que induciría a pensar en un umbral máximo de cobertura del proceso penal. En los juicios contra delinquentes con sólida organización profesional criminal, multinacionales del crimen, personajes o colectivos con relevancia social o capaces de lobby, se hace patente que no es fácil meterles mano, que la propia investigación de los hechos delictivos es una carrera de obstáculos, que dichos sujetos cuentan con medios ilimitados para su defensa y que aprovechan a fondo las garantías procesales, sin empacho a distorsionarlas, para tratar de escabullirse de una condena. Aun en esta eventualidad, muchas veces hallan linimento a su desgracia calculada en las veleidades de los poderes públicos, en las componendas políticas, indultos, dulcificación de condena, ventajas penitenciarias, incluso condescendencia. La máxima perversión se produce cuando los supuesta o confesadamente criminales son jaleados como héroes y las reconocidas e indefensas víctimas como culpables de estar inoportunamente en el lugar del crimen.

Por completar esta reflexión sumaria, mencionemos ahora el espécimen por antonomasia de garantía virtual, que se lleva el palmarés de todas las medallas disponibles en todas las categorías. Me refiero a aquella cantinela de que el juicio debe tener una duración razonable o que están prohibidas las dilaciones indebidas.

El tema está tan manido, que no necesita mayor consideración. Diré sin amagues que dar por bueno hoy que un plazo de uno o dos años es lo razonable para resolver un litigio me parece insoportable. Debiera ser tan solo la excepción.

Descubrir que cuanto mayor es el rango del tribunal más tarda en responder, es desconcertante. Debería ser exactamente al contrario, porque estos tribunales son los más expertos, disponen de mayores medios y seleccionan, de una forma u otra, el número de asuntos que resuelven. Por no prodigarme inútilmente: mientras esta cuestión no se quiera abordar con seriedad y voluntad política de encauzarla, invitaría a considerar la supresión de la garantía de los códigos procesales, junto con la derogación de los plazos asignados a las diversas etapas de un juicio. Sustituirlo por algo así como una tautología: los juicios se decidirán cuando los tribunales resuelvan sobre ellos, que es el único aserto que se ajusta a la realidad actual.

Hoy la cuestión se extiende, además, a cuánto tiempo dedica el tribunal a cada asunto, una vez que ha consumido su turno de cola y entra en audiencia. Salvo excepciones puntuales, los tribunales de mayor rango se han hurtado a todo control externo, visible, apreciable en directo por el público: deciden a puerta cerrada, sin letrados, y resuelven cuando resuelven. En los casos mediáticos, la presión periodística y la habilidad de sus operadores para desvelar el secreto mejor guardado ha llevado a una práctica no apoyada por norma procesal alguna: el tribunal se ha visto obligado a anunciar el tenor del fallo, inmediatamente después de la deliberación, y a reenviar las razones al texto escrito que promete publicar tan pronto esté redactado. Se observará donde queda el orden lógico del otrora beatífico silogismo judicial. En ciertos asuntos, el fallo parece ser el fruto de una negociación entre los miembros del tribunal. ¿Qué hay en verdad de la aplicación neutra de la norma jurídica?

En el resto de tribunales, cuántas veces un letrado tiene que oír, con todo el tono melifluo que se quiera: “abrevie, el tribunal ya conoce, sólo cinco minutos –tras años de espera–, hay casos que aguardan” y sermones por el estilo que apremian a echarlo fuera de la sala. El agobio del tribunal por la pendencia de casos a resolver se traslada a las partes y a sus defensores. Comprensible que Sísifo sonría en su cansado trabajo, porque todo este capítulo de los tiempos infinitos los maneja a discreción y con soltura.

Las reflexiones puntuales que anteceden nos advierten de que queda todavía mucho trabajo por hacer en el diseño de las garantías procesales y su proyección en las normas de soporte. No basta con anunciar el rótulo de la garantía y abrillantarla de vez en cuando. Hay que seguir reelaborándolas cuidadosamente,

depurándolas de los desvíos detectados y reforzando su eficacia real para salirse del círculo vicioso del modelo de trabajo de Sísifo y prevenir sus nefastas consecuencias.

IV. EL CULTIVO DE LA NADA PROCESAL

En un aparte de esta breve visita al Hades, Sísifo me efectúa una a modo de confidencia, ponderándome el elevado número de seguidores que tiene en su blog infernal, que cultivan con ahínco su inútil trabajo y que incluso le superan en hacendosos.

Tal farde y exhibición de adeptos no me coge por sorpresa. Hace apenas unos años dediqué un libro a los géneros procesales inútiles, que tal vez pudiera haber escrito el mismo Sísifo para Sísifos aprendices y aventajados. Ello me permite acortar este trámite de la visita, reducirlo a un mero entremés y remitir al interesado a mi guía más extensa sobre el particular⁵.

Rememoro al hilo de la conversación con nuestro anfitrión la pléyade de normas inocuas, que pueblan nuestros códigos procesales, explicadas y promocionadas en comentarios al uso; las normas inéditas, que no se han aplicado nunca, porque no ha habido caso, ni lo habrá, y, pese a ello, disfrutan de sesudas monografías explicativas; los parches legislativos, ocasionales, apresurados, anecdóticos, agrandados por turiferarios solícitos que cantan sus excelencias; las escasas monografías –tan pocas como los justos que no había en Sodoma– sobre temas sólidos, de principios; las tareas redundantes que abarrotan el quehacer de nuestros tribunales y tantos otros chismes superfluos que abundan en el cosmos procesal; lo facilita y rentable que es la venta de estos cultivos endémicos de Sísifo, productos *low cost*, sin valor añadido alguno, vendidos en serie, a precio inflado, cuando no exorbitante. Claro que hay que tener un arte especial para venderlos y nadie pone en duda que nuestro anfitrión es un maestro consumado y sus seguidores no le van a la zaga, pues en ellos le van pingües ganancias.

Forzoso es concordar con el personaje en el análisis de esta parcela de ocupaciones improductivas. Pero ello tan solo debe motivarnos a escrutar con mayor

⁵ RAMOS MÉNDEZ F., *Elogio de la nada procesal*, Barcelona, 2016.

diligencia el abasto de nuestras ocupaciones, la discriminación de lo inútil, la prevención y reciclado de los inevitables residuos. Y es que la ciencia procesal no se puede anquilosar en pretendidos logros del pasado, deleitarse en cuestiones bizantinas, dormirse en los laureles. El Derecho Procesal trabaja sobre una realidad viva, cambiante, que necesita cada poco revisar el patronaje de los trajes a medida que comercializa, innovar prudentemente, no perder nunca de vista el norte de sus objetivos genuinos. Y ello nos conduce a una reflexión ulterior.

V. TEJER Y DESTTEJER LA MADEJA DE LOS ENVOLVENTES MODELOS PROCESALES

En este punto de la visita al Hades, que nos ha permitido detectar algunas fugas de preciosas energías procesales, es un buen momento para valorar cuánto de nuestro trabajo es puro subir el peñasco con Sísifo y cómo podemos concentrarnos en labores productivas en función de los objetivos que persigue la ciencia de los juicios y de las herramientas que utiliza para conseguirlos.

En cuanto a los objetivos, es preciso recalcar, una vez más, que el sistema procesal está previsto para la tutela del ciudadano, que es su razón de ser, no para subir piedras a la montaña, ni aun cantos o guijarros. Remacho enérgicamente este principio raíz en un momento en que, en algunos sectores sociales, tremendamente activistas en el cosmos jurídico pero sumamente ácratas y corrosivos, el derecho se considera un estorbo, un tropiezo, porque las normas jurídicas no dejan hacer a cada uno lo que le da la gana. Y es que eso es la madre del cordero, por mucho que se quiera ignorar. El derecho define racionalmente los límites de la libertad individual en la sociedad. Y a este propósito, el Derecho Procesal aporta las herramientas imprescindibles para su tutela civilizada.

Asegurado el ciudadano en el centro del ordenamiento jurídico, hay que revisar el cometido del resto de categorías e instituciones que asumen, canalizan, organizan y gestionan su tutela y el despliegue de las herramientas que utilizan.

Entre las primeras, contamos sin duda con el Poder Judicial, que detenta el ejercicio de la jurisdicción, en un marco constitucional cargado de prerrogativas, pero también de deberes específicos hacia el ciudadano. Sobre su relevancia como elemento clave del sistema de tutela, pueden dar idea los ataques directos

que ha sufrido en estos últimos años, en algunos países del Hades, con la clara intención de socavar su independencia. Controlar el Poder Judicial es una permanente tentación del Poder Ejecutivo para dar visos de credibilidad a alguna de sus políticas o para ejecutarlas sin cortapisas. Por otro lado, este codiciado poder a menudo se encuentra a medio camino entre chivo expiatorio y paño de lágrimas que puede sacar las castañas del fuego a más de uno. Al Poder Judicial le llegan muchos marrones, ante la incapacidad del resto de poderes del Estado para solucionar determinados problemas. Anda en boca de todos la continua judicialización de la política, pero esta muletilla es un recurso socorrido y fácil porque los tribunales no tienen la culpa de la iniciativa y, luego, raras veces pueden echar balones fuera sin un mínimo de recorrido. En estas tensiones y arrebatos, daría la impresión de que el Poder Judicial se utiliza para dirimir cuestiones de Estado, olvidando que la raíz de su función constitucional primordial y primigenia es ocuparse del ciudadano.

En cuanto a las herramientas, por mucho que nos hemos esforzado, los casos todavía se deciden navegando en una maraña de procedimientos, que están lejos de configurar un entorno amigable para el ciudadano. Los trámites procesales, aun los más consolidados doctrinalmente⁶, tejen a veces una indeseable madeja de idas y venidas que lo engulle. En este tejer y destejer del manto de Penélope bien podríamos encontrarnos en un bucle, en las redes de Sísifo. No solo no salimos de él, sino que, por un sinfín de razones, los juicios se acumulan a las puertas del tribunal, haciendo crecer el desasosiego.

En este escenario es socorrido echar la culpa de las deficiencias de la práctica a la escasez de medios. Sin duda, pueden ser necesarios más y mejores tribunales, jueces, medios personales y materiales. Pero eso no es la panacea. Baste observar que nos llevamos una sorpresa al descubrir que los tribunales de mayor rango, que son sin duda los mejor dotados –cabezas, soportes– y, sin embargo, si los medimos con los criterios estándar de eficiencia (duración, coste, calidad, si, calidad, las sentencias se publican y uno puede evaluarlas) no salen muy bien parados en relación con los escalones de menor jerarquía.

⁶ Medítese en el recorrido procesal de cuestiones como la búsqueda del tribunal competente, la adopción del procedimiento adecuado, el alcance de la sumariedad y vuelta a empezar, la conducción en paralelo de medida cautelar y fondo, etc.

Hay que comenzar por mejorar el rendimiento de los medios de que disponemos, como en cualquier empresa. En este punto nuestros tribunales acumulan unas ancestrales rutinas de Sísifos cansinos y fatigados, que cuesta mucho invertir de signo. Se detecta una cierta alergia a los criterios de gestión, salvo los que redundan en la comodidad del tribunal⁷, los pausados estilos de la curia, que tienden a desplazar o acomodar la rígida norma procesal. Tal vez ello exija revisar la propia idiosincrasia de la norma procesal, su formulación, sus objetivos y, sobre todo, el margen y sentido determinante de su interpretación y aplicación. Pero esta es una tarea que no podemos abordar ahora en los pasillos del Hades y que dejo para otra ocasión más propicia.

Como índice preocupante por el desespero de las colas, se observa que, en la mayoría de los países del Hades, los esfuerzos se encaminan, paradójicamente, a eliminar el juicio, al menos tal como lo venía explicando la ciencia procesal hasta el presente. Por doquier se apremia a usar métodos alternativos, a componer, a conformarse, tanto en los juicios civiles como en los penales⁸. Ello desactiva la filosofía que predicábamos del juicio, sus objetivos, la predisposición de su estructura y la configuración del paradigma en muchos casos. Parece imponerse un criterio economicista a ultranza, azuzado novísimamente por el pretendido soporte que le prestaría la tempranamente promocionada inteligencia artificial, que bien pudiera convertirse en otra añagaza de Sísifo para el machaque del ciudadano⁹.

⁷ Un ejemplo ilustrativo, que se sigue prodigando abiertamente, consiste en incitar a sustituir actuaciones orales, que exigen presencia y atención puntual, por trámites escritos de destino y atención inciertos, de los que, además, no queda rastro en las actuaciones, por ser atípicas.

⁸ Curiosamente, el desvío de la atención ha llevado a procesalizar los métodos alternativos, a imagen y semejanza del modelo procesal clásico. Cómo no sorprenderse cuando algunos abogados se sienten desnudos, inermes e indefensos porque una ley de arbitraje como la española no dice cómo hay que hacer la demanda, no dedica una línea a la reglamentación de las pruebas, ni prevé la apelación del laudo. La añoranza de los ritos procesales ha inducido a los más conspicuos cultivadores de los métodos alternativos a abordar problemas de difícil resolución dentro de sus esquemas nativos: el arbitraje con pluralidad de partes, la intervención provocada, la mediación obligatoria, la extensión del laudo a terceros, etc. Se diría que, tendido el señuelo procesal a los métodos alternativos, estos han caído de patitas en la trampa, desviándose incontinenti de sus esencias y, tal vez, renegando de algunas de las ventajas que los habían hecho atractivos.

⁹ El despliegue de estas novedades técnicas obliga a acomodarse a la rigidez de los protocolos y formularios predeterminados, de los que uno no puede salirse, porque el sistema no se lo consiente. De ello ya existe una experiencia importante de lo que ocurre en el campo de las gestiones electrónicas que pueden realizarse en el ámbito administrativo. La transposición de esta técnica al sistema procesal sin más acaba por anular lo que es, hoy por hoy, su esencia más preciada: el enjuiciamiento, es decir, la aplicación de la razón humana a la resolución del caso.

Asumiendo que la elaborada ciencia procesal conoce de dónde venimos y y está en condiciones de discernir lo apropiado de lo inapropiado, valdría la pena reflexionar en qué punto nos hallamos y hacia dónde nos debemos dirigir. ¿Se puede abandonar el estudio del juicio? ¿Ha dejado de ser objeto central de atención por la ciencia procesal? ¿Hay que buscar otros modelos? ¿Cuáles? Todos ellos son interrogantes que no admiten una respuesta improvisada en este momento. Son los retos que debe afrontar la ciencia procesal en su continuo esfuerzo por renovarse y ahí todos debemos arrimar el hombro.

VI. DESPEDIDA DE SÍSIFO EN ESTE NUEVO ENCUENTRO

Después de este breve pero incitante recorrido vanos a dejar a Sísifo con su infructuoso trabajo para evitar que su fatiga crónica y su desesperación medular nos contagien. Los dioses lo pusieron a buen recaudo en el Hades, pero la voracidad de las redes lo hace hoy mas accesible que nunca, con el riesgo de que su modelo se convierta en viral. Ello no es intrínsecamente malo. El personaje nos acomoda como guardián y termómetro de lo procesalmente inútil para nuestra ciencia. Nos permite deslindar los avances positivos de bucles improductivos que a veces agarrotan nuestro quehacer científico y, en fin, nos proporciona un acicate para concentrarnos en lo que es provechoso para la mejora del sistema. El legado de los grandes maestros del Derecho Procesal que nos precedieron, los que hoy honramos y los que ya toman con presteza y empuje el relevo son la mejor garantía del necesario fortalecimiento y puesta en valor de la verdadera doctrina procesal.

LA ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE *HABEAS CORPUS*

Walter Reifarth Muñoz¹

Investigador de Derecho Procesal (Universidad de Salamanca)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA Y OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*. 1. Significado jurídico-constitucional. 2. La privación de libertad como objeto de control judicial. A) Que exista una detención real. B) Que no haya sido dispuesta por la autoridad judicial. C) Que obedezca a causas ilegales o discurra en condiciones ilegales. III. PRESUPUESTOS DE (IN)ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE *HABEAS CORPUS*. 1. Requisitos formales. 2. Requisitos procesales. A) Competencia. B) Legitimación activa. 3. Requisitos materiales. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Los homenajes son una excelente oportunidad para volver sobre las cosas que no merecen olvido. Uno de los primeros trabajos publicados en la España democrática sobre esta materia sugerente y de límites en aquel tiempo aún necesitados de regulación legal fue el del Dr. D. José MARTÍN OSTOS, titulado «El procedimiento de *habeas corpus*»², cuyos fundamentos principales, veinticinco años después, fueron confirmados y ampliados en su artículo «Sobre el *habeas corpus* en España»³. No se me ocurre mejor forma de participar en este sentido reconocimiento a la trayectoria y al magisterio del Prof. MARTÍN OSTOS que con la recuperación de unas ideas que parecen haber quedado al abrigo del paso del tiempo y cuya vigencia hoy debe encarecer aún más sus méritos.

¹ Este trabajo ha sido posible gracias a una Ayuda para financiar la contratación predoctoral de personal investigador de la Junta de Castilla y León y el Fondo Social Europeo (Orden EDU/574/2018, de 28 de mayo).

² Publicado en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1983, pp. 1043-1048.

³ MARTÍN OSTOS, J.: «Sobre el “*habeas corpus*” en España», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2008, pp. 15-35.

Tampoco debieran estorbar los trabajos sobre los institutos protectores de la libertad en un año que pasará a la historia marcado por un confinamiento, triste resultado de una pandemia mundial, que ha ponderado al alza este valor superior del ordenamiento, a veces objeto de una pugna política feroz y sujeto a excepcionales restricciones que han hecho cambiar nuestra vida cotidiana.

Aunque el *habeas corpus* se presente, pues, como una institución sólidamente asentada en nuestro ordenamiento y dirigida a la protección de uno de los bienes más importantes de que disponemos las personas, adolece de una práctica judicial que ha restringido su operatividad a un umbral que, como se verá, no responde mínimamente a la necesidad con la que fue concebida por obra constitucional.

No debemos rendirnos a la ensoñación de unas estadísticas de admisión que, por sí mismas, dicen muy poco. Es preciso, además, identificar cuáles son las causas de que los jueces rechacen de plano la solicitud, en una molesta mayoría de casos, mediante la lapidaria afirmación de que la detención no es ilegal y con una escueta mención al articulado que integra la regulación normativa del *habeas corpus*.

Con lo anterior, este trabajo trae causa del preocupante vaciamiento de contenido de la que, por causas fácilmente vencibles, ha venido adoleciendo la institución que nos ocupa. Si la jurisdicción debe procurar la defensa de los valores esenciales de la persona, como son la libertad y la dignidad, el perfeccionamiento de las mejores prácticas en su recabo nos debe seguir interpelando con inusitada fuerza.

II. NATURALEZA Y OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*

En la única lectura jurídicamente admisible, la perspectiva que deben ofrecer las normas respecto de la detención debe ser la de configurar una excepción a uno de los derechos que sirven de matriz de los demás: la libertad. De ahí que la Constitución establezca una serie de garantías en torno a las condiciones de su privación, entre las que se encuentra, naturalmente, la institución que nos ocupa. Por ello, el recto sentido con que deben entenderse las causas que pueden dar

lugar al rechazo liminar de la solicitud del *habeas corpus* debe venir precedido por un breve marco conceptual de este procedimiento y de su objeto de control.

1. Significado jurídico-constitucional

El procedimiento de *habeas corpus* se encuentra regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (LOHC, en adelante) que, por mandato del artículo 17.4 CE («la ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente»), instituye una garantía procesal adicional, única y específica para la protección del derecho fundamental a la libertad personal⁴. Su importancia radica en erigirse en un remedio rápido y eficaz a través de la comparecencia del detenido ante el juez para exponer sus alegaciones contra las causas o condiciones de la detención, a fin de que este último pueda resolver sobre la conformidad a Derecho de la detención.

El origen, la estructura y la categoría jurídica de esta garantía han sido objeto de un largo e infecundo debate en la doctrina cuya reproducción escapa de los propósitos que se ambicionan en este trabajo⁵. A pesar de su ubicación

⁴ Entre otras muchas, véanse las SSTC 208/2000, de 24 de julio (FJ 3.º) y 233/2000, de 2 de octubre (FJ 3.º). Huelga decir que el bien constitucional protegido no es la libertad individual de la persona en abstracto, en todas y cada una de sus diversas manifestaciones que aquella pueda tener como derecho fundamental y como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino únicamente de la libertad deambulatoria o de movimiento. No obstante, cabría añadir que, de forma mediata, está vinculado a la protección de otros derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados durante la detención que se reputa ilegal; entre otros, y muy particularmente, la vida y la integridad física y psíquica, en la medida en que el procedimiento supone un revulsivo ante una eventual comisión de torturas y tratos inhumanos, crueles o degradantes por parte de los actores de la detención.

⁵ Se ha afirmado que el *habeas corpus* es un derecho subjetivo, público, cívico y activo, integrante en los llamados derechos reaccionales y vinculado con el derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva. Cfr. GIMENO SENDRA, V.: «Naturaleza jurídica y objeto procesal del procedimiento de habeas corpus». En: *Revista del Poder Judicial*, núm. 11, junio de 1984, p. 75. Hay también quien sostiene que se trata simultáneamente de «una acción constitucional, un derecho fundamental y una garantía procesal». Así, PATIÑO GONZÁLEZ, M. C.: *Libertad personal, habeas corpus y estados excepcionales*. Bogotá: Ibáñez, 2007, p. 124. Otros autores defienden que se trata de un «derecho-garantía» en la medida en que garantiza el ejercicio de la libertad personal y, al mismo tiempo, está conformado estructural y funcionalmente como un verdadero derecho autónomo. Así, en FREIXES SANJUÁN, T.: «Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal». En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 35, 1993, p. 81.

sistemática en el texto constitucional y su reconocimiento en textos internacionales declarativos de derechos, el art. 17.4 CE no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía procesal específica derivada de la protección de la libertad, de la que es inescindible para su efectividad, y que opera en el ámbito del amparo ordinario como un procedimiento inspirado por la tutela judicial efectiva y por las notas de agilidad, sencillez y generalidad de los supuestos sometidos a él⁶.

Una consolidada jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo que la cognición limitada de este procedimiento no puede condicionar ni su cualidad ni su intensidad, de manera que ha de tratarse de un control real y no verse reducido a un «mero expediente rituario o de carácter simbólico»⁷. Es más, el hecho de limitar el control judicial a la legalidad de la detención practicada y, en ese caso, hacer cesar inmediatamente las situaciones irregulares de privación de libertad, debería conducir idealmente a una mayor efectividad de la tutela frente a detenciones ilegales o que transcurren en condiciones ilegales.

En definitiva, se trata de un procedimiento que tiene como finalidad el control judicial de la legitimidad de una concreta situación de privación de libertad a la que se trata de poner fin o modificar, pero sin que quepa extraer más consecuencias de él que la necesaria finalización o modificación de dicha situación⁸.

Entre los académicos que califican el procedimiento como cautelar, *vid.* FAIRÉN GUILLÉN, V.: «La defensa procesal de la libertad y dignidad personales en una futura Constitución española: el proceso cautelar de Manifestación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 83, 1977, p. 57, y también LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G.: *El auténtico "habeas corpus"*. Madrid: Colex, 1992, p. 69. Contra este último criterio, en la medida en que faltan las notas esenciales de instrumentalidad y provisionalidad, entre otras, que caracterizan a la tutela cautelar, *vid.* MARTÍN OSTOS, J.: «Sobre el...», *op. cit.*, p. 18.

⁶ En este sentido, SSTC 44/1991, de 25 de febrero (FJ 2.º); 94/2003, de 19 de mayo (FJ 2.º); 112/2004, de 12 de julio (FJ 2.º); 29/2006, de 20 de enero (FJ 2.º); 93/2006, de 27 de marzo (FJ 2.º). En esta línea, en la doctrina, se pronuncia GOIG MARTÍNEZ, J. M.: «La libertad y la seguridad». En: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.): *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 206-211.

⁷ SSTC 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 3.º, y 61/2003, de 24 de marzo, FJ 2.º.

⁸ Véanse, entre otras muchas, las SSTC 21/1996, de 12 de febrero (FJ 4.º); y 174/1999, de 27 de septiembre (FJ 6.º). A través del procedimiento de *habeas corpus*, la Constitución «ha abierto un medio de defensa de los derechos establecidos en el art. 17 CE, que permite hacer cesar de modo inmediato las actuaciones irregulares de privación de libertad, a través del cual se busca

2. La privación de libertad como objeto de control judicial

Para la prosperabilidad de la pretensión de *habeas corpus*, se exige, con carácter previo: a) una situación real y efectiva de detención; b) no acordada por la autoridad judicial; y c) ilegal conforme a los parámetros a que se refiere el art. 1 LOHC.

A) Que exista una detención real

La STC 98/1986, de 10 de julio (FJ 4.º) define la detención a los efectos de la LOHC como «cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica». Se trata, por tanto, de una privación de la libertad deambulatoria practicada por una persona, física o jurídica, o por una autoridad gubernativa, con total independencia de la calificación jurídica que aquella merezca⁹.

En todo caso, la restricción del derecho de libertad deberá existir al tiempo de solicitar la incoación del procedimiento de *habeas corpus*, de forma que procede rechazar de plano las solicitudes dirigidas contra detenciones inexistentes e, incluso, inminentes y no actuales¹⁰.

En consecuencia, se pueden señalar las siguientes situaciones fácticas que, inequívocamente y con independencia de su *nomen iuris*, son susceptibles de control judicial mediante la solicitud de *habeas corpus*¹¹: a) las sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración militar (STC 239/1999, de 20 de

la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente, por lo que si no ha llegado a existir tal situación de privación de libertad, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas» (STC 62/1995, de 29 de marzo, FJ 4.º).

⁹ El art. 17.1 CE, como no podía ser de otra manera, se remite a la ley orgánica para justificar la existencia de privaciones o limitaciones de libertad legítimas. Sobre la casuística admisible en materia de privación de libertad, véase GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, esp. pp. 161-236.

¹⁰ Cfr. SSTC 26/1995, de 6 de febrero (FJ 4.º); y 62/1995, de 29 de marzo (FJ 4.º).

¹¹ DE DIEGO DÍEZ, L. A.: *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*. 2.ª ed. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 62-64.

diciembre); *b*) el internamiento forzoso de enfermos psíquicos (STC 104/1990, de 4 de junio); *c*) las detenciones producidas sin intervención judicial al amparo de la normativa en materia de extranjería (entre las más recientes, SSTC 179/2000, 172/2008, de 18 de diciembre; 84/2009, de 30 de marzo; 195/2014, de 1 de diciembre; y 154/2016, de 22 de septiembre); *d*) la medida de identificación en las dependencias policiales a que se refiere el art. 16.2 y 3 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; *e*) la detención e internamiento de menores acordados por el Ministerio Fiscal; *f*) las detenciones ilegales practicadas por sectas religiosas; y *g*) la detención de personas acordada por las autoridades sanitarias cuando, al discutible amparo de los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de un peligro para la salud de la colectividad.

B) Que no haya sido dispuesta por la autoridad judicial

Con base en una presunción de legalidad de las detenciones judiciales, el legislador español, a diferencia de los artífices de otros ordenamientos cercanos al nuestro¹², pareció excluir la posibilidad de invocar esta protección de la libertad personal frente a las detenciones ilegales efectuadas al amparo de una decisión judicial. En otros términos, constituye un presupuesto insubsanable y constitutivo de la solicitud de incoación del procedimiento de *habeas corpus* que la detención no haya sido acordada judicialmente. La STC 303/2005, de 24 de noviembre (FJ 5.º) señala que «el procedimiento de *habeas corpus* queda fuera de lugar cuando [...] la intervención judicial ya se ha producido»¹³. Ello debe explicarse por la propia función atribuida a este instituto en nuestro país, que no es otra que la inmediata puesta a disposición judicial del privado de libertad, de manera que el previo concurso de la actuación de un órgano judicial excluye la incoación del procedimiento. Tales casos son, entre otros, las penas

¹² A título meramente ejemplificativo, la Ley Estatutaria del Habeas Corpus colombiana de 2006 no detalla los supuestos en que cabe interesar el procedimiento, sino que lo regula, de manera genérica, ante la privación de libertad prolongada indebidamente o con violación de las garantías constitucionales o legales. Para una comparación entre la regulación española y colombiana, *vid.* PATIÑO GONZÁLEZ, M. C.: *op. cit.*, esp. pp. 148 y ss.

¹³ En el mismo sentido, véase, entre otras muchas, las SSTC 201/2006, de 3 de julio (FJ 5.º) y 213/2006, de 3 de julio (FJ único). En la doctrina, ALMELA VICH, C.: «Algunas reflexiones en torno al procedimiento de *habeas corpus*». En: *Actualidad Penal*, núm. 13, 1996, p. 222.

privativas de libertad, la prisión provisional o las autorizaciones judiciales para el internamiento preventivo de extranjeros¹⁴.

C) Que obedezca a causas ilegales o discurra en condiciones ilegales

El artículo 1 LOHC detalla qué debe entenderse por detención ilegal a los efectos de esta ley¹⁵, cuya interpretación habrá de completarse ex art. 10.2 CE con las normas internacionales ratificadas por España en la materia¹⁶. En realidad, la ilegalidad de la detención conforme a las previsiones del art. 1 LOHC pueden reducirse genéricamente a tres supuestos: a) la ausencia o insuficiencia de indicios razonables de la comisión de un hecho delictivo; b) la detención que, fundada indiciariamente en la comisión de un delito, es dilatada más allá

¹⁴ El «supuesto límite», en palabras del TC, de un inminente control judicial de la situación de detención no es óbice para inadmitir la solicitud de *habeas corpus*. Cfr. STC 169/2006, de 5 de junio (FJ 4.º).

¹⁵ El art. 1 LOHC está redactado en los siguientes términos: «A los efectos de esta Ley se consideran personas ilegalmente detenidas: a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes; b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención; d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida».

¹⁶ El art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene una serie de circunstancias que reputan legal la detención practicada. Así, no procederá el *habeas corpus* cuando la privación de libertad se haya producido: a) legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) conforme a Derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) para hacer comparecer al detenido ante la autoridad judicial cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a Derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) cuando se trate de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. En definitiva, la legalidad a que se refiere el art. 5.4 del Convenio exige la conformidad de la detención, no solo al Derecho interno, sino también «al texto del Convenio, a los principios generales que consagra y a la finalidad de las restricciones que autoriza el apartado primero». Cfr. STEDH de 25 de octubre de 1990 en el caso *Thynne, Wilson y Gunnell c. Reino Unido*, párr. 68.

del tiempo necesario para el esclarecimiento del presunto culpable y del hecho punible o por encima del límite legal máximo; y c) la ilegalidad derivada de la omisión de las garantías preestablecidas en el curso de la detención¹⁷.

Aunque la ilegalidad de la detención no se produzca *ab initio*, cabe la solicitud de apertura del procedimiento contra privaciones de libertad ilegales por rebasar el límite máximo de setenta y dos horas o el tiempo indispensable para realizar las pesquisas necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, ya que, en ambos casos, se produce una restricción del derecho a la libertad personal que el texto constitucional proscrib¹⁸.

Por último, también podrá solicitarse el control judicial de aquellas detenciones que, habiendo contado con un presupuesto material habilitante y cumplidos los plazos legalmente establecidos, hayan infringido garantías constitucionales y procesales íntimamente conectadas con las situaciones de privación de libertad, como la vida y la integridad física, el derecho a guardar silencio, la asistencia letrada, el conocimiento de los hechos que se imputan al detenido o el derecho a ser reconocido por un médico forense, entre otros.

III. PRESUPUESTOS DE (IN)ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE *HABEAS CORPUS*

Ante la inoperancia general del *habeas corpus*, derivada de cierta práctica judicial que despoja a la garantía del art. 17.4 CE de su utilidad teórica, el Tribunal

¹⁷ GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal* (4.ª ed) Madrid: Colex, 2014, p. 352. En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: «La detención preprocesal preventiva: previsiones constitucionales y legales». En: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (dir.): *Detención policial y habeas corpus*. Madrid: Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 82 y ss.

¹⁸ El art. 17.2 CE establece un plazo máximo para la detención preventiva de setenta y dos horas, con independencia de las circunstancias concurrentes. No obstante, dentro de dicho plazo, la detención solo podrá durar lo «estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos». No obstante, recordemos que el art. 496 LECrim señala que «el particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma». Véanse al respecto, entre otras, las SSTC 250/2006, de 24 de julio (FJ 3.º) y 95/2012, de 7 de mayo (FJ 2.º).

Constitucional ha sentado una inequívoca jurisprudencia sobre este procedimiento y la incidencia que sobre él tienen las decisiones de inadmisión a trámite de la solicitud.

Aunque el estudio pormenorizado de las fases procedimentales desbordaría los contornos de este trabajo, debe tenerse presente que, para satisfacer la pretensión de amparo que trae causa de la comisión de una detención ilegal, es necesario que se cumplan simultáneamente los presupuestos que seguidamente se expondrán. En su estado inicial, el juez deberá emitir mediante auto un juicio previo de admisibilidad sobre la concurrencia de tales requisitos a fin de acordar la incoación del procedimiento o, en caso contrario, denegar la solicitud por ser esta improcedente¹⁹. Dicho auto deberá ser notificado en todo caso al Ministerio Fiscal y contra él no cabrá más recurso que el de amparo constitucional (art. 6 LOHC).

La Ley Orgánica se limita a señalar que el auto deberá dictarse «seguidamente» a dicho examen de fundabilidad. Dado que no se ha fijado legalmente término alguno, habrá de entenderse de aplicación el art. 198 LECrim, que dispone que la resolución judicial, en estos casos, deberá dictarse y practicarse sin dilación. Esta celeridad se explica, no solo por la propia naturaleza del amparo ordinario y de la relevancia del derecho controvertido, sino también, naturalmente, por la exigencia de inmediatez en la puesta a disposición de la autoridad judicial del privado de libertad (arts. 1, 5 y 8 LOHC).

La resolución denegatoria del procedimiento ha de estar debidamente razonada y basada en una causa legal. No podría ser de otra manera si ha de respetarse la integridad de la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, conculcada por la falta de motivación del referido auto, y la libertad amparada por el procedimiento, erigida, además, como valor superior del ordenamiento²⁰. En consecuencia, para dar por

¹⁹ Aunque la LOHC no lo prevea expresamente, en la práctica, el Fiscal suele emitir un dictamen o informe sobre la concurrencia de los requisitos analizados y la procedencia o no de incoar el procedimiento.

²⁰ Como es sabido, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho cumple una doble función: por un lado, exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícita la interpretación del Derecho y, por otro lado, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos legalmente. Véanse, en este sentido, las SSTC 102/2014, de 23 de junio (FJ 3.º); 101/2015, de 25 de mayo (FJ 4.º); 169/2015, de 20 de julio (FJ

cumplido este requisito, no puede bastar una lacónica y formularia referencia a los preceptos legales que se estimen infringidos de entre los que regulan la incoación del procedimiento²¹. A este respecto, el máximo intérprete constitucional, a pesar de una cierta vacilación inicial, ha venido entendiendo en los últimos años que la insuficiencia o la ausencia de razonabilidad del contenido del auto denegatorio de la incoación del procedimiento no solo desemboca en una falta de tutela judicial, sino también, y prioritariamente, en una afectación al derecho a la libertad personal²².

1. Requisitos formales

El procedimiento de *habeas corpus* está presidido por las notas de antiformalismo y sencillez, en línea con el resto de los procedimientos del amparo

4.º); 222/2015, de 2 de noviembre (FJ 3.º); 1/2017, de 16 de enero (FJ 3.º); y 30/2017, de 27 de enero (FJ 4.º). En relación con la específica motivación del auto de incoación del procedimiento de *habeas corpus*, véase, por todas, la STC 154/1995, de 24 de octubre (FFJJ 1.º y 3.º). En la doctrina, véase GIMENO SENDRA, V.: *El proceso...*, *op. cit.*, p. 147.

²¹ Es particularmente ilustrativa la STC 154/1995, de 24 de octubre, FJ 4.º: «El procedimiento de “*habeas corpus*” es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal cuyo acceso *no puede ser en modo alguno denegado sin que a la persona que acuda al mismo no se le haga saber la precisa razón legal de dicha denegación, so pena de incurrir el órgano judicial que así proceda en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada*» (énfasis añadido). En este sentido, véase también la STC 86/1996, de 21 de mayo (FJ 9.º): «Este Tribunal no ignora las limitaciones a que se enfrentan los Juzgados de Guardia, especialmente en una gran capital. Pero ello no puede impedir que el Juez, guardián de la libertad, exprese [todo lo sucintamente que estime oportuno] “la precisa razón legal” por la que es inadmitida la petición presentada ante él en defensa del derecho fundamental».

²² Así en las SSTC 288/2000, de 27 de noviembre (FJ 7.º); 61/2003, de 24 de marzo (FJ 1.º); 94/2003, de 19 de mayo (FJ 2.º); 122/2004, de 12 de julio (FJ 2.º); 165/2007, de 2 de julio (FJ 6.º) 147/2008, de 10 de noviembre (FJ 1.º); 95/2012, de 7 de mayo (FJ 6.º); 12/2014, de 27 de enero (FJ 3.º); y 204/2015, de 5 de octubre (FJ 4.º). Ello contrasta notablemente con una jurisprudencia anterior, que debe entenderse ya superada, en la que el Tribunal Constitucional entendía que la resolución denegatoria del procedimiento no podía vulnerar de forma autónoma el derecho a la libertad. A modo de ejemplo, véase la STC 44/1991, de 25 de febrero, FJ 2.º: «[Es] improcedente considerar que el Auto del Juzgado de Instrucción vulnera los derechos a la libertad y seguridad [...] Y ello por la sencilla razón de que ninguna privación de libertad es imputable al Juez de Instrucción que denegó la incoación del incidente solicitado [...] No puede, por consiguiente, confundirse el efecto de una resolución judicial sobre un derecho, en este caso la libertad, con el derecho mismo; ello supondría difuminar tanto el derecho sustantivo en cuestión como el derecho a la tutela judicial efectiva u otro posible derecho radicado en sede judicial».

ordinario²³. Como ha reiterado el TC siempre que ha tenido ocasión, se trata con ello de configurar un procedimiento ágil, sencillo y que permita el acceso a la autoridad judicial sin complicaciones innecesarias²⁴.

A este respecto, conviene precisar que el escrito con que se inicia el procedimiento no es una demanda, sino una mera solicitud de que se produzca la comparecencia del detenido a fin de que pueda presentar ante el juez competente los hechos determinantes que constituyen la pretensión²⁵.

El art. 4 LOHC señala que, en el escrito o la comparecencia con que los legitimados inician el procedimiento, deberán constar los siguientes datos: a) el nombre y las circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el *habeas corpus*; b) el lugar en que se halle el privado de libertad, la autoridad o persona bajo cuya custodia este se encuentre, si fueran conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes en el procedimiento; y c) el motivo concreto por el que se solicita el amparo. A tal efecto, será suficiente para activar el procedimiento una sucinta mención de tales datos, sin perjuicio de que el contenido del escrito se complete en el trámite de audiencia de la persona privada de libertad o del representante a que se refiere el art. 7 LOHC. Por tanto, deben repudiarse los formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, de modo que, por más que tales exigencias formales cumplan un papel importante para la ordenación del procedimiento, su incumplimiento no deriva necesariamente en un obstáculo insalvable para su prosecución²⁶.

²³ GIMENO SENDRA, V.: *El proceso de habeas corpus*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 98-100 y 112-113.

²⁴ Véanse, por todas, las SSTC 232/1999, de 13 de diciembre (FJ 4.º); 263/2000, de 30 de octubre (FJ 3.º); 287/2000, de 27 de noviembre (FJ 3.º); y 37/2005, de 28 de febrero (FJ 3.º).

²⁵ SSTC 66/1996, de 16 de abril (FJ 6.º) y 86/1996, de 21 de mayo (FJ 7.º).

²⁶ Es interesante la STC 86/1996, de 21 de mayo, respecto de los detalles sobre la hora en que se produjo la detención. Ahora bien, si transcurre el plazo del requerimiento judicial para subsanar tales defectos y se vuelve a incurrir en ellos o, simplemente, no se subsanan, procederá la inadmisión del escrito. Cfr., sobre la posibilidad de subsanación en general, las SSTC 25/1991, de 11 de febrero (FJ 4.º); 41/1992, de 30 de marzo (FJ 5.º); 130/1998, de 16 de junio (FJ 5.º); y el ATC 299/1999, de 13 de diciembre.

Por otro lado, cuando es el propio privado de libertad quien solicita el *habeas corpus*, tanto la doctrina como la jurisprudencia²⁷, con base en el antiformalismo que debe regir este procedimiento, han interpretado que será suficiente con que el reclamante manifieste, en forma escrita o verbal, su deseo de que su situación de detención sea revisada judicialmente para que surja la obligación de quien lo tenga bajo su custodia de poner la solicitud en conocimiento del juez competente, bajo las responsabilidades penales y disciplinarias en que podrían incurrir si no lo hicieran (art. 5 LOHC)²⁸.

2. Requisitos procesales

Respecto de los presupuestos procesales que debe cumplir una solicitud de *habeas corpus* para su admisión a trámite, es necesario distinguir entre aquellos referidos al órgano judicial que deberá conocer del procedimiento, y aquellos otros referidos a las personas que puedan intervenir en el acto de iniciación.

A) Competencia

El art. 2 LOHC residencia la competencia en distintos órganos jurisdiccionales: los juzgados de instrucción, los juzgados centrales de instrucción y los juzgados togados militares²⁹. En este sentido, sería constitucionalmente tolerable fundamentar

²⁷ Cfr. GIMENO SENDRA, V.: *El proceso...*, op. cit., pp. 112-113. También DE DIEGO DÍEZ, L. A.: *Habeas corpus frente...*, op. cit., pp. 167-168. En la jurisprudencia, véase a título de ejemplo la STC 98/1986, de 10 de julio, que estima parcialmente el recurso de amparo que trae causa de la desestimación de una solicitud interpuesta mediante comunicación telefónica con el juez de instrucción.

²⁸ El art. 530 del Código Penal castiga con una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un tiempo de cuatro a ocho años a las autoridades y funcionarios públicos «que, mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales». En caso de imprudencia grave, el tiempo de suspensión de empleo será de seis meses a dos años (art. 532). En cuanto a las sanciones disciplinarias, sirva como ejemplo el artículo 7 de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, que sanciona como faltas muy graves «el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de sus funciones» (apartado a) y «la obstaculización grave al ejercicio de las libertades públicas» (apartado o).

²⁹ El art. 2 LOHC dispone que «es competente para conocer la solicitud de “habeas corpus” el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido. Si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución, el

el auto de inadmisión de la solicitud de apertura del procedimiento en la ausencia de competencia del órgano ante el que se impetra el amparo frente a la detención ilegal. No obstante, aunque la falta de competencia objetiva o territorial determine esta inadmisión liminar, es perfectamente posible que el juez receptor de la solicitud pueda remitirla o comunicarla de oficio al órgano competente³⁰.

Dada la agilidad y urgencia del procedimiento, será objetivamente competente el juzgado de instrucción que se encuentre en funciones de guardia. En todo caso, los jueces de instrucción conocerán del procedimiento de *habeas corpus* con ocasión de las detenciones efectuadas al amparo de la LECrim y de las llamadas «detenciones especiales»³¹. Por lo que se refiere a la competencia territorial, será preferente el juez de instrucción del lugar donde se hallase el detenido³²; si este no fuera conocido, el del lugar donde se produzca la detención; y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hubieran tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido (párrafo primero del art. 2 LOHC). En caso de que la detención responda a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2 CE), será competente para conocer del procedimiento el juez central de instrucción correspondiente (párrafo segundo del art. 2 LOHC)³³, sin

procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente. En el ámbito de la Jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de “habeas corpus” el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención».

³⁰ En este sentido, STC 153/1988, de 20 de julio.

³¹ GIMENO SENDRA, V.: *Manual...*, *op. cit.*, p. 675. Dentro de las detenciones especiales, cabe citar, entre otras, el internamiento de un incapaz (STC 104/1990, de 4 de junio), las detenciones impuestas en materia de extranjería (SSTC 86/1996, de 21 de mayo; 174/1999, de 27 de septiembre; y 179/2000, de 26 de junio, entre otras), el internamiento de menores acordado por el Ministerio Fiscal o la identificación de indocumentados en centros policiales (STC 341/1993, de 18 de noviembre).

³² La finalidad que persigue el establecimiento de estos fueros de competencia reside en «agilizar los trámites del procedimiento de amparo, pues siempre se podrá operar con mayor brevedad si el juez que interviene en el proceso es el del lugar donde se encuentra el detenido». ALMELA VICH, C.: *op. cit.*, p. 226.

³³ La STC 199/1987, de 16 de diciembre, resuelve los recursos de constitucionalidad planteados por el Parlamento del País Vasco y el Parlamento de Cataluña, al entender que esta regla de competencia suponía una violación del art. 24.1 CE. En el FJ 6.º de la referida STC se dice: «La asignación del conocimiento de la detención a los Juzgados Centrales de Instrucción no supone un obstáculo que impida el control judicial de esas detenciones, aunque las dificultades para el justificable que se derivan de ello imponen en todo caso una mayor diligencia del órgano judicial para asegurar la efectividad de la protección y defensa judicial de la libertad que le corresponde».

perjuicio de que pueda delegar únicamente la función de recabar información, ex art. 520 bis 3 LECrim, en el juez de instrucción del lugar en que se encuentre el privado de libertad³⁴. En cuanto respecta al ámbito castrense, el párrafo tercero del art. 2 LOHC señala que será competente para conocer del procedimiento de *habeas corpus* el juzgado togado militar de instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención³⁵.

B) Legitimación activa

El art. 3 LOHC permite actuar la garantía procesal del *habeas corpus* ante la jurisdicción a: a) el privado de libertad, sus parientes (cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes y hermanos) y,

³⁴ Como señala DE DIEGO DÍEZ, L. A.: *Habeas... op. cit.*, p. 131, «si la detención obedece al resto de materias delictivas cuyo enjuiciamiento corresponde al Juzgado Central de lo Penal o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional [...] no será [el Juzgado Central de Instrucción] el órgano llamado a conocer del *habeas corpus* que pudiera formularse, sino el Juzgado de Instrucción territorialmente competente».

³⁵ El art. 61.3 de la LO 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar dispone: «Son funciones de los Juzgados Togados Militares Territoriales: 3.º El conocimiento de la solicitud de *habeas corpus* con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.º de su Ley Orgánica reguladora». Se trata así de una excepción a la regla general de la competencia sobre la que han surgido dudas en cuanto a su constitucionalidad. En concreto, Gimeno Sendra califica de poco afortunada la excepción realizada, ya que, al ser una pretensión especial de amparo, su régimen procedimental no puede ser otro que el marcado por la propia Constitución; esto es, que la tutela de los derechos fundamentales se recabe ante los Tribunales ordinarios, entre los que no se incluyen los pertenecientes a la Jurisdicción Militar. De esta forma, se estaría conculcando el derecho al Juez predeterminado por la Ley. Véase GIMENO SENDRA, V.: *El proceso...*, *op. cit.*, pp. 78-80. Del mismo autor y en idéntico sentido, «La protección jurisdiccional del...», *op. cit.*, pp. 1184-1185. Sus objeciones, sin embargo, no han sido compartidas por el voto mayoritario del TC: por todas, SSTC 204/1994, de 11 de julio, y 113/1995, de 6 de julio.

en su caso, respecto a los menores e incapaces, sus representantes legales³⁶; b) el Ministerio Fiscal³⁷; y c) el Defensor del Pueblo³⁸.

El referido artículo contempla igualmente la posibilidad de que el procedimiento pueda ser iniciado de oficio el juez competente en cada caso. Ello debería llevarnos a pensar que el juez debe sentirse obligado a incoar el procedimiento cuando se le presenten motivos fundados de la existencia de una privación ilegal de libertad, con independencia del medio y de la persona que haga la petición³⁹. La realidad, sin embargo, ha discurrido por otros derroteros. Basta observar a este respecto la fundamentación la STC 154/2016, de 22 de septiembre, que inadmite el recurso de amparo interpuesto por la asociación Algeciras Acoge, la cual solicitó la iniciación de oficio del procedimiento de *habeas corpus* respecto de 250 inmigrantes que se encontraban bajo la custodia de la Guardia Civil. En palabras del Alto Tribunal:

«[N]o se establece en la regulación de este procedimiento ante la jurisdicción ordinaria ningún tipo de legitimación en favor de organizaciones o asociaciones. Esa fue la razón por la que la asociación recurrente, al no ser titular del derecho, ni tener legitimación legal para instar el procedimiento de *habeas corpus*, se limitó a pedir al Juzgado que hiciera uso de su potestad jurisdiccional de iniciar de oficio un procedimiento de *habeas corpus*, quedando agotadas sus posibilidades procesales en el

³⁶ A este respecto, el párrafo segundo del art. 17.6 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, permite que el propio menor solicite directamente el *habeas corpus*.

³⁷ Al ser el defensor de la legalidad y el interés público y de los derechos de los ciudadanos, tiene una «desaforada preponderancia» en la iniciación del procedimiento. Cfr. LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G.: *El auténtico «Habeas Corpus»*. Madrid: Colex, 1992, p. 81. Tal expresión fue tildada de «infeliz» por ILLESCAS RUS, A. V.: «El proceso de *habeas corpus* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia y de Interior*, núm. 1716-17-18, 5 de septiembre de 1994, p. 202.

³⁸ Aunque su propia organización y estructura puede suponer un obstáculo a la «promoción de este procedimiento a instancia de parte, atendida la necesidad de actuar con prontitud». Cfr. ILLESCAS RUS, A. V.: *Ibid.*

³⁹ De la misma opinión, SORIANO DÍAZ, R.: «La defensa de la libertad física y del procedimiento del *habeas corpus*». En: *La Ley*, núm. 3 de 1984, p. 858.

mero ejercicio de la petición y la comunicación de la decisión adoptada, aunque su contenido no le fuera favorable» (FJ 3.º)⁴⁰.

Junto a las anteriores previsiones, y aunque no esté prevista positivamente en la LOHC, la jurisprudencia constitucional ha reconocido inequívocamente la legitimación para instar la iniciación del procedimiento al abogado de la persona ilegalmente detenida⁴¹. No puede entenderse que, al regular la legitimación, el legislador orgánico haya obviado esta figura que, no siendo preceptiva (art. 4 LOHC), es la más capacitada técnicamente para discurrir sobre los defectos de imputación, el exceso de los plazos máximos legales de la detención o el quebrantamiento de los derechos que asisten a la persona detenida.

3. Requisitos materiales

Como se ha dicho, el juez competente en cada caso debe desplegar un examen previo de admisibilidad a la hora de decidir sobre la procedencia o no de incoar el procedimiento. Así, el juez instructor competente deberá controlar la legalidad material de la detención administrativa o, dicho de otro modo, el *fumus boni iuris* del presupuesto habilitante que justifica la detención, aunque sea de forma provisional⁴². Esta actividad judicial debe limitarse a comprobar que la

⁴⁰ La Sentencia cuenta con cuatro interesantes votos particulares en que se critica, entre otras cosas, el rigorismo empleado por el voto mayoritario al validar, como causa de inadmisión, «el incumplimiento por parte de la asociación solicitante del deber de identificar nominalmente a cada una de las personas que estaban en custodia de la Guardia Civil, cuando esta le había impedido a los miembros de aquella el acceso al lugar de la detención, carece de cobertura legal y resulta rigorista y desproporcionado» (punto 4).

⁴¹ Sobre la base de un apoderamiento tácito al abogado de oficio o particular que asiste al detenido. Ha de añadirse que, si el juez albergase alguna duda sobre la existencia del oportuno mandato conferido al abogado por el detenido, deberá realizar las comprobaciones oportunas para disiparla y, necesariamente, acordar la comparecencia de la persona privada de libertad para oírle, entre otras, acerca de tal circunstancia. Véanse, por todas, el ATC 55/1996, de 6 de marzo (FJ 2.º) y las SSTC 224/1998, de 24 de noviembre (FJ 2.º); 61/2003, de 24 de marzo (FJ 2.º); 37/2008, de 25 de febrero (FJ 2.º); 172/2008, de 18 de diciembre, sobre la legitimación de un abogado de oficio (FJ 2.º); y 84/2009, de 30 de marzo (FJ 2.º). En la doctrina, sobre la eventual participación del abogado en el procedimiento, véase BEJERANO GUERRA, F.: «Derecho de defensa, detención preprocesal y “habeas corpus”», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (dir.): *Detención policial y habeas corpus*. Madrid: Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 221-249.

⁴² DE DIEGO DÍEZ, L. A.: *Habeas...*, *op. cit.*, pp. 90-91.

pretensión tiene sustento material, esto es, que la solicitud de incoación sea hecha por o en interés de una persona sometida a una privación de libertad actual, real y no acordada por la autoridad judicial en el sentido ya expuesto *supra*⁴³. Así, no puede el juez en este estadio procedimental valorar la legalidad de la detención de acuerdo con lo previsto en el art. 1 LOHC, ya que estaría emitiendo un auténtico juicio de fondo que solo es realizable una vez sustanciado el procedimiento, tras la audiencia del solicitante y las demás partes, y con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas⁴⁴.

Así lo ha declarado nuestro último intérprete constitucional en una constante, aunque no unánime⁴⁵, jurisprudencia:

⁴³ Así, la STC 26/1995, de 6 de febrero (FJ 5.º): «Una vez constatada la inexistencia del presupuesto mismo de la pretensión de “habeas corpus” –privación de libertad–, la solicitud podía ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 de la L.O. 6/1984, puesto que en tales condiciones no procedía incoar el procedimiento». En la misma línea, la STC 62/1995, de 29 de marzo (FJ 4.º): «[L]a situación de ilegal detención, arresto o internamiento, de privación de libertad, en suma, constituye obligado presupuesto de la solicitud de “habeas corpus”, como ponen reiteradamente de manifiesto los preceptos de su Ley reguladora». Sobre la improcedencia de la solicitud de *habeas corpus* cuando la detención ha sido acordada por la autoridad judicial, véanse, a título ilustrativo, la STC 21/1997, de 10 de febrero (FJ 6.º) y el ATC 316/1996, de 29 de octubre (FJ 2.º).

⁴⁴ Téngase en cuenta que «la audiencia concedida a la Administración policial demandada [*sic*], a espaldas del detenido, vulnera el principio esencial de igualdad de armas procesales ínsito en el art. 7 LOHC, y cuyo respaldo se encuentra en el art. 24 CE. En efecto, esa comparecencia no contradictoria conlleva una desvirtuación del procedimiento de *habeas corpus*, cuya esencial consiste precisamente en “haber el cuerpo” de quien se encuentra detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer sus alegaciones y sus pruebas» (STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 12.º).

⁴⁵ Da buena cuenta de ello el voto particular suscrito por Jiménez de Parga en la STC 287/2000, de 27 de noviembre, donde tuvo ocasión de afirmar que la garantía que supone el *habeas corpus* se salvaguarda tanto con una resolución sobre el fondo como con el rechazo liminar debidamente motivado. En el asunto del que trajo causa el amparo estimado, un agente de la Guardia Civil fue privado de libertad en virtud de una sanción impuesta por una autoridad en el marco de sus competencias y dentro de los límites temporales exigidos, lo que excluía el supuesto de hecho del listado del art. 1 LOHC. El que fuera presidente del Tribunal consideró que la función del juez de *habeas corpus* «no es conocer y resolver en el terreno de lo discutible, de lo jurídicamente dudoso, cuando la Autoridad sancionante ha actuado en el seno de un procedimiento y en cumplimiento de lo que la Ley dispone de modo expreso, terminante y, además, no negado por el recurrente». Aunque en el caso de autos fuera posible admitir la manifiesta improcedencia de la solicitud, no debemos olvidar, como excepción al art. 217 LECrim, que contra el auto denegatorio de la incoación no cabe más recurso que el de amparo constitucional (art. 6 LOHC), cuyos criterios de admisión son especialmente gravosos para el justiciable, y cuya eficacia al tiempo de dictar sentencia es, en la práctica, nula.

«[A]un cuando la Ley Orgánica de regulación del procedimiento de *habeas corpus* posibilita denegar la incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del art. 1 LOHC vulnera el art. 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el art. 4 LOHC.»⁴⁶.

Distinto al examen del art. 6 LOHC sobre la concurrencia de los requisitos que deben cumplirse para dar por admitida la solicitud es el juicio sobre el fondo que, en todo caso, resulta extemporáneo a la fase de admisión de la solicitud. Así las cosas, los únicos motivos constitucionalmente legítimos en que puede fundarse la inadmisión liminar del procedimiento de *habeas corpus* son la falta de una privación de libertad no acordada judicialmente o el incumplimiento de los requisitos formales y procesales a que se refiere la LOHC.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La frecuente negativa a tramitar el procedimiento bajo la afirmación anticipada de que la privación de libertad no es ilícita, sin acordar siquiera la audiencia del solicitante, adelanta el juicio de fondo y, con ello, vacía de contenido propio a la pretensión formulada en el *habeas corpus*, que es justamente la de determinar la licitud o ilicitud de aquella privación.

Es cierto que existen causas que militan en contra de la efectividad de esta garantía. La elevada carga de trabajo de nuestros órganos judiciales y la perfectible regulación legal pueden propiciar una actitud acomodaticia o, al menos, una interpretación deficiente de esta garantía. Una explicación que, en modo alguno,

⁴⁶ Entre las más recientes, STC 72/2019, de 20 de mayo, FJ 2.º; 204/2015, de 5 de octubre, FJ 2.º; 42/2015, de 2 de marzo, FJ 2.º; 194/2014, de 1 de diciembre, FJ 3.º; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2.º; 21/2014, de 10 de febrero, FJ 2.º; o 12/2014, de 27 de enero, FJ 3.º.

puede justificar que no se examine, en cuanto al fondo, auténticas privaciones de libertad constitucionalmente ilegítimas. La denegación *a limine litis* de la sustanciación del procedimiento con argumentos solo deducibles tras un juicio sobre el fondo ha producido una atrofia del procedimiento, despojándolo así de toda efectividad y del sentido que el mandato constitucional le ha otorgado.

En una materia que debe suscitar especial sensibilidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de los basamentos del Estado de Derecho, resulta preocupante y difícilmente comprensible que los órganos jurisdiccionales ante los que se impetra el amparo frente a una detención ilegal sigan sin acoger, de forma generalizada, esta jurisprudencia que, en un extenso número de resoluciones, ha dictado el Tribunal Constitucional.

La libertad, como uno de los derechos nutricios de los demás, bien merece ese pequeño esfuerzo que convierta a nuestros jueces, como tiene escrito MARTÍN OSTOS, en firmes defensores de estos valores de la persona, reconocidos después de dilatados períodos históricos de oscuridad en el mundo.

Bibliografía

ALMELA VICH, C.: «Algunas reflexiones en torno al procedimiento de habeas corpus». En *Actualidad Penal*, núm. 1, 1996, pp. 221-229.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (dir.): *Detención policial y habeas corpus*. Madrid: Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, 2010.

CAMPANER MUÑOZ, J.: «Hacia el 30.º aniversario de la trivialización de las detenciones ilegales. O de la inoperancia del procedimiento de *habeas corpus*». En: *Diario La Ley*, núm. 8140, Sección Doctrina, 3 de septiembre de 2013.

CARBALLO ARMAS, P.: «Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela judicial efectiva: algunas reflexiones en torno al procedimiento de *habeas corpus* en España». En: *Pensamiento Constitucional*, Año X, núm. 10, 2004, pp. 147-165.

DE DIEGO DíEZ, L. A.: *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*. 2.ª ed. Barcelona: Bosch, 2011.

FAIRÉN GUILLÉN, V.: «La defensa procesal de la libertad y dignidad personales en una futura Constitución española: el proceso cautelar de Manifestación». En *Revista de Administración Pública*, núm. 83, 1977, pp. 9-57.

FREIXES SANJUÁN, T.: «Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal». En: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 35, 1993, pp. 79-104.

GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

GIMENO SENDRA, V.: *El proceso de habeas corpus*. Madrid: Tecnos, 1985.

— «La protección jurisdiccional del derecho a la libertad: el habeas corpus». En *Diario La Ley*, núm. 4, 1985, pp. 1178-1188.

— «Naturaleza jurídica y objeto procesal del procedimiento de habeas corpus». En *Revista del Poder Judicial*, núm. 11, 1984, pp. 75-82.

GIMENO SENDRA, V.; MORENILLA ALLARD, P.: *Los procesos de amparo: civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*. 2.^a ed. Madrid: Colex, 2010.

GIMENO SENDRA, V.; MORENILLA ALLARD, P.; TORRES DEL MORAL, A.; DÍAZ MARTÍNEZ, M.: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Colex, 2007.

GUDE FERNÁNDEZ, A.: *El habeas corpus en España: un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

ILLESCAS RUS, A. V.: «El proceso de habeas corpus en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Boletín de Información del Ministerio de Justicia y de Interior*, núm. 1716-17-18, 5 de septiembre de 1994, pp. 4574-4616.

LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G.: *El auténtico «habeas Corpus»*. Madrid: Colex, 1992.

MARTÍN OSTOS, J.: «Sobre el "habeas corpus" en España». En *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2008, pp. 15-35.

— «El procedimiento de habeas corpus». En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1983, pp. 1043-1048.

PATIÑO GONZÁLEZ, M. C.: *Libertad personal, habeas corpus y estados excepcionales*. Bogotá: Ibáñez, 2007.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.): *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

SORIANO DÍAZ, R.: «La defensa de la libertad física y del procedimiento del habeas corpus». En *Diario La Ley*, núm. 3, 1984, pp. 857-863.

INTERVENCIÓN EN LA MESA HOMENAJE CON MOTIVO DE LA JUBILACIÓN DEL PROF. JOSÉ DE LOS SANTOS MARTIN OSTOS, EN EL I CONGRESO INTERNACIONAL "LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA Y EN AMÉRICA", EL DÍA 20 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Luis Revilla Pérez

Letrado de la Administración de Justicia

Profesor de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

He de confesar que la de este momento se presenta como la más difícil intervención de cuantas tuve ocasión de dirigirme públicamente y tal dificultad deriva de la casi imposible gestión de los sentimientos que confluyen y se agolpan en quien ocupa este lugar.

Reconozco que hubiera preferido hablar de temas jurídicos más asépticos tales como la institución del Tribunal del Jurado o la figura del Letrado de la Administración de Justicia.

Por ello, me permito la licencia de convertirme en lo que se denomina "Po-nente león", pero no por mi valentía o fiereza sino por acudir al recurso de leer estas letras, en evitación de que la emoción pueda jugarme una mala pasada impidiendo proseguir con una dignidad y entereza mínimas que la ocasión y el selecto auditorio exigen.

Mis primeras palabras han de ser de felicitación por el éxito de la organización y de agradecimiento a la Dirección de este I Congreso Internacional, mis queridas amigas Pilar y María Ángeles, por concederme el privilegio de participar en la que, para quien habla, (y con todos los respetos o, como dicen en mi pueblo, "mejorando lo presente") constituye, al menos en lo sentimental, la mesa más relevante de este encuentro: Gracias.

D. José Martín Ostos, "Pepe", para sus amigos (o sea, prácticamente para la totalidad de quienes le conocen), me abrió de par en par las puertas del Departamento de Derecho Procesal cuando, allá por el año 1.987, iniciaba su andadura como Catedrático en la Facultad de Jerez de la Frontera, posibilitándome disfrutar de una actividad docente que me entusiasma.

Imagino que Pilar y María Ángeles han pensado en que fuera yo quien interviniera en esta Mesa Homenaje en mi condición de "Hermano Mayor" de los Profesores Asociados nacidos en esa numerosa familia académica cuya paternidad ostenta el protagonista de este acto.

Gracias Pepe; gracias de corazón, en mi nombre y en el de todos a los que me tomo la licencia de representar en este momento.

Han sido más de tres décadas vinculado personal y docentemente a ti y he tenido la oportunidad y la suerte de disfrutar, en primer lugar de tu amistad sincera, de tu apoyo, de tu pícara sonrisa de niño malo..., y de ser tu subordinado sin tener verdadera conciencia de ello.

Han pasado treinta años desde aquellos cafés compartidos a media tarde en la Facultad de Derecho de Jerez con la totalidad de profesores del Departamento, una auténtica piña de amigos: Pepe Rabadán, Jesús Salido, Jesús Sáez, Ana Ríos..., la propia María Ángeles (aún pendiente de finalizar sus estudios)...

Los de Jerez fueron tiempos muy entrañables, de paz académica y personal en aquella familia que acudía unida a la Feria, a la caseta de los Picapleitos... o a las fiestas de fin de Carrera, sin olvidar la reiterada asistencia a Jornadas de la Fé Pública Judicial como las muy lluviosas de Salamanca (en la que participabais habitualmente, entre otros, los que ya se postulaban como "primeros espadas" del Derecho Procesal español):

Junto a tu nombre figuraban, los de Víctor Moreno Catena, Vicente Gimeno Sendra..., o los malogrados Carmina, Almagro o mi querido y rebelde Ernesto Pedraz (a quienes envío un abrazo allá donde estén).

Recuerdo también aquella ocasión en la que fui a tu casa a llevar unos exámenes y conocí a Chelo y tus cinco hijos..., ¡¡¡eran tan pequeños que cabían en el sofá!!! Cómo pasa el tiempo...

Quien me iba a decir que años después Blanca, Rocío y Pilar tendrían que soportarme como profesor... y como amigo... o que, incluso, tuviera la suerte de compartir momentos personales tan felices como los de la lectura de sus tesis, la superación de sus oposiciones, la celebración de sus bodas, el nacimiento de sus hijos... (bueno, ahí precisamente no estuve... es que me he venido arriba; perdón...).

Años después, me regalaste la ocasión continuar ejerciendo de tu mano la actividad docente en la Facultad de Sevilla: Y desembarcamos "los de Jerez" o "los de Pepe": Ana Ríos, María Ángeles y quien os habla, para unirnos a profesores como Gonzalo, Juan Antonio Navas, Daniel Valpuesta (que, por fin, ha logrado firmar su renovación superando las dificultades de la tecnología), el malogrado Federico Alarcón (D.E.P.), a ellos se han sumado en fechas más recientes Julio Elías (el preferido de nuestro "Jefe"), Jackeline, Carmen, Enrique, María Luisa...

A lo largo de este tiempo que abarca la práctica totalidad de mi vida profesional y gran parte de la tuya hemos compartido actividad docente, publicaciones de libros (recuerdo "Prácticas de Derecho Procesal Penal y Constitucional", "Ley Orgánica del Poder Judicial...", principalmente la primera obra editada por Astigi, en 2.001, a la que se unió, años después, la obra del Curso de Experto de Menores).

Mención especial merece aquella novedosa obra "El Secretario Judicial a examen", en la que mostraste un excepcional interés por el colectivo profesional al que pertenezco, al que históricamente has defendido y por el que igualmente debo mostrarte mi expreso agradecimiento.

También me has brindado la ocasión de pertenecer a varios de tus Proyectos de Investigación, nacionales e internacionales, de discutir en mesas redondas, de colaborar en actividades docentes extrauniversitarias... Hemos disfrutado Cursos de Formación en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid, en Málaga...

Hacer un resumen de las actividades compartidas contigo resulta tarea ardua, prácticamente imposible; además, es de todos conocida tu extensa y fructífera vida profesional, por lo que huelga descender al detalle.

Hoy es momento de resaltar tu importancia como persona: creo, sin temor a equivocarme, que todos los que integramos tu numeroso grupo de discípulos pensamos que eres, ante todo, una buena persona... e incluso procesalista...

Gracias Pepe; gracias por habernos dado tanto. Probablemente ni siquiera hayas sido consciente de ello, pero te puedo asegurar que no solo quienes, de tu mano, se han dedicado profesionalmente a la docencia, sino también quienes la ejercemos de forma parcial (es una forma de hablar...), te debemos mucho.

Por mi parte, te debo prácticamente todo lo mucho o poco que profesionalmente haya podido llegar a ser.

Gracias por ejercer esa jefatura de la pacífica manera en que lo has hecho, prácticamente sin imponer nada, apoyando cada iniciativa que te propuse..., estando ahí en todo momento, porque eres de esas personas, de esos amigos que, pese a no verlos diariamente, uno sabe que están siempre que los necesita, ya sea para charlar, para prestar un sabio consejo, para compartir los momentos buenos y los no tan buenos..., y siempre de buen grado y con una sonrisa.

Me resulta muy difícil y doloroso pensar que en apenas unos días dejarás el servicio activo. Siento –sentimos– una sensación de inminente orfandad académica y personal.

Querido Pepe, querido “Jefe”: Muchas gracias por todo.

Recibe un fuerte abrazo.

P.D. Los ciudadanos jurados también te envían un caluroso abrazo, convencidos de que, con el tiempo..., quizá acabes cambiando de opinión.

Muchas gracias.

LOS PACHECO: ILUSTRES JURISTAS DEL SIGLO DIECINUEVE

Consuelo Ríos Molina

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Cádiz)

(I) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO GUTIÉRREZ-CALDERÓN¹

Es, sin duda, el miembro más importante de la familia Pacheco y el jurista ecijano que más alto rango ha alcanzado en la historia de España.

I. DESDE LA CUNA ASTIGITANA A LA MUERTE EN MADRID

Nació en Écija (Sevilla) el 22 de febrero de 1808². Su padre Francisco Pacheco (escribano público del Reino, con destino en Écija, fallecido el 15 de febrero de 1830) casó con María de las Mercedes Gutiérrez-Calderón.

Joaquín Francisco fue el mayor de diez hermanos (Agustín, Francisco, Manuela, Miguel, Felipe, Mariano, María del Valle, José, Antonio, y él mismo). Bautizado en la Iglesia de San Gil, de Écija, recibió los nombres de Joaquín Francisco de Asís Josef Pascacio María de los Dolores de Todos los Santos.

¹ Entre otros, existe un trabajo de tesis doctoral titulado: "Don Joaquín Francisco Pacheco, penalista del siglo XIX", realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, por Francisco CANDIL JIMÉNEZ y defendido en 1973.

² En la calle Alfonso Dávila (antes, denominada Cárcel Vieja, pero, a partir del año 1876, ostenta ya el nombre de tan ilustre jurista; en esa casa el Ayuntamiento de la ciudad ordenó colocar una lápida en su memoria), perteneciente a la Parroquia de San Juan Bautista. Años más tarde, la casa fue derribada y construido otro edificio en su lugar, que todavía conserva la mencionada placa.

También, en un acuerdo del Ayuntamiento ecijano, en pleno de 25 de octubre de 1865, se acordó encargar un cuadro al óleo de medio cuerpo y colgarlo en la Sala Capitular (lo que, al parecer, se hizo, aunque hoy no esté localizado), así como colocar un busto suyo en la Plaza Mayor (que aún no se ha llevado a cabo).

Después de estudiar en Écija las primeras letras, pasó al prestigioso Colegio de la Asunción, en Córdoba, donde ingresó con doce años y permaneció en régimen de internado varios años.

Más tarde se trasladó a Sevilla, en 1823, para estudiar Leyes, terminando la licenciatura en el año 1829. Seguidamente, vuelve a Córdoba, colabora en un despacho de abogado y participa en numerosas actividades de grupos liberales. En 1833 es elegido Síndico procurador general del Ayuntamiento de su ciudad natal, pero, tras algunas desavenencias locales, se marcha a Madrid en 1834, posiblemente reclamado por su gran amigo DONOSO CORTÉS. Allí, además de desarrollar una gran actividad periodística, al año siguiente es nombrado Contador General de Pósitos.

Estuvo casado dos veces, sin dejar descendencia, muriendo en Madrid el 8 de octubre de 1865, víctima de la epidemia de cólera morbo, a la edad de 57 años.

II. PROLÍFICO ESCRITOR Y PERIODISTA

Colaboró con diversas publicaciones de Madrid³, siendo autor, entre otros trabajos, de *Alfredo* y *Los siete infantes de Lara*, recogidos en: *Literatura, historia y política*⁴.

También, escribió *La amnistía*, obra en verso que dedicó a la Reina María Cristina por haber concedido un perdón a liberales condenados.

En 1845 ingresó en la Real Academia Española, con el discurso *El periodismo y su relación con la literatura*.

Más tarde, publicó el libro *Política y literatura*, así como las *Poesías de Baltasar de Alcázar, precedida con su biografía*⁵.

³ *La Ley, El Conservador, El Correo Nacional, El Español, La Patria, El tiempo, La Abeja...*, y participó en la fundación de *El Siglo*. En el periódico *El Español* llegó a ser maestro de Cánovas del Castillo quien, como es sabido, abandonó todo para dedicarse exclusivamente a la política.

⁴ En 2 tomos, Madrid, 1864.

⁵ Sevilla, Imprenta de Rafael Tarascó, 1878.

III. INFATIGABLE HISTORIADOR Y PRESTIGIOSO ACADÉMICO

Escribió *Historia de la Regencia de la Reina Cristina* (2 tomos, Madrid, 1841), así como una *Historia de las Cortes de 1839*.

Durante una de sus estancias en Roma, como embajador, escribió *Ensayo descriptivo, artístico y político sobre Italia* que, en 1857, publicó en Madrid.

Junto con Francisco CÁRDENAS y Luis TORRES DE MENDOZA, participó en la recopilación de documentos relacionados con el descubrimiento, conquista y colonización de América y Oceanía. Fueron veinte volúmenes, de un trabajo realizado en su mayor parte en el Archivo de Indias, de Sevilla⁶.

También, fue autor de un *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*⁷.

Destaquemos que, además, llegó a ser presidente del Ateneo de Madrid entre 1842 a 1844 y 1847 a 1848.

IV. RELEVANTE POLÍTICO Y EMBAJADOR

Con fama de polemista y excelente orador, fue un político discutido, en un siglo de por sí bastante desconocido en España.

Su vida y actividad parlamentaria fue dilatada, llegando a ser Diputado en el Parlamento por Sevilla, Córdoba, Álava, Teruel, Pontevedra y Baleares (en alguna de esas circunscripciones lo fue en más de una legislatura).

En 1840 participó mucho en los debates sobre la Ley Orgánica de Ayuntamientos (especialmente, en torno a la elección de los alcaldes), así como sobre la tutela de los Infantes menores, tema éste muy polémico en esa época.

⁶ Publicado en Madrid por B. de Quirós, 1864-1884.

⁷ Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1862; el tomo II fue continuado por José GONZÁLEZ Y SERRANO.

De talante moderado, demostró en el Parlamento capacidad, energía e inteligencia reconocidas. Él mismo se declaraba partidario del orden, no del caos, y no progresista, aunque liberal, al igual que su gran amigo DONOSO CORTÉS. Su afán era armonizar el orden con la libertad. Todos reconocen que era muy legalista, sujeto siempre a la letra y al espíritu de la Constitución.

En 1841 rechazó unirse al levantamiento de O'Donnell, pues era firme partidario de la discusión, en lugar de la fuerza.

A finales de 1844 fue elegido vicepresidente del Congreso de los Diputados y en 1847 (a los 40 años) llegó a ser presidente del Consejo de Ministros.

No falta quien le acusa de carecer de iniciativa y de proyectos. Sin embargo, durante su mandato se aprobaron importantes reformas en materia tributaria, mercantil, derechos de autor, universitaria, ingeniería de montes, aguas y penal (destacando, además de la labor codificadora, el Reglamento de establecimientos de corrección de mujeres).

En política encabezó el conocido como Grupo de los Puritanos, de tendencia política liberal, pero se percibe cierto escepticismo en sus sentimientos cuando, en 1851, manifiesta: "Busco los partidos y no los encuentro" (en su opinión, los intereses los habían destruido).

En 1854 fue nombrado Ministro de Estado (duró cuatro meses). Volvió a ostentar el mismo cargo en 1864 (de marzo a septiembre).

Además, fue embajador en Roma en tres ocasiones (coincidiendo con el problema de la desamortización, en Londres (durante solo unos meses) y en Méjico (renunció, tras una serie de incidentes diplomáticos). En realidad, en cada una de estas estancias como representante de España desarrolló una febril actividad, pero su comentario excedería las pretensiones de este apunte biográfico.

En 1858 (15 de julio) fue designado Senador del Reino (lo que implicaba su designación por el propio Rey y carácter vitalicio).

V. EMINENTE JURISTA

En 1835-36 dictó unas conferencias en el Ateneo de Madrid sobre *Lecciones de Derecho Político Constitucional*.

Por esa época, en *La Ley*, de 10 de julio de 1836, publicó un artículo a favor de la inmunidad del rey.

Ese mismo año fundó, junto con BRAVO MURILLO, el *Boletín de Jurisprudencia*, donde publicó diversos trabajos sobre Derecho civil y penal.

Simultanea la política y el derecho, dándose de alta en el Colegio de Abogados de Madrid el 20 de diciembre de 1841. Pero, ejerció esporádicamente esta profesión, dedicándose bastante más a la política y al periodismo.

El 29 de julio de 1843 fue nombrado Fiscal del Tribunal Supremo, por Isabel II. Afectada su salud (artritis reumática), convaleció durante un tiempo en Écija, su ciudad natal. Al año siguiente, debido a su estado de salud, fue relevado en el mencionado cargo de Fiscal, siendo designado seguidamente miembro de la Comisión de Códigos.

Llegó a ser un afamado jurista, aunque –en opinión de algunos políticos de la época– era, a veces, contradictorio, vacilante, sin autoridad.

Tras su labor en la Comisión General de Codificación, volvió a ser nombrado Fiscal del Tribunal Supremo (5 de febrero de 1846). A finales de noviembre de ese año, dimitió del citado cargo debido a la negativa del ministro de Gracia y Justicia, y del presidente del Tribunal Supremo, de concederle la licencia solicitada para trasladarse a Córdoba y preparar su candidatura por ese Distrito, pues se habían convocado elecciones generales. El 4 de diciembre del mismo año, la Reina le aceptó la dimisión.

1. El código Penal de 1848

Derogado el Código Penal de 1822, con la consiguiente vuelta a la Novísima Recopilación, la situación era inadmisibile y exigía la aprobación de un nuevo texto normativo.

Tradicionalmente (entre otros, CUELLO CALÓN, JIMÉNEZ DE ASÚA, LASTRES y SILVELA), se ha atribuido a Joaquín Francisco PACHECO un gran protagonismo en la preparación y debate del Código de 1848. Sin embargo, su estudioso CANDIL JIMÉNEZ, al que hemos hecho referencia al principio de estas páginas, cuestiona esa afirmación (en coincidencia con ANTÓN ONECA). Según este autor, tras el detenido examen de las actas de la Comisión General de Codificación (a la que perteneció PACHECO), concluye que éste no tuvo mucha participación en la redacción del mencionado Código, sino que, por el contrario, fueron escasas y breves sus intervenciones durante las sesiones de debate. En su opinión, la fama procede de sus conocidos y posteriores Comentarios al Código Penal.

Hemos de recordar que, en 1843, por iniciativa de Joaquín María LÓPEZ (entonces, ministro de Gracia y Justicia), se creó la Comisión General de Codificación –presidida por Manuel CORTINA– para la elaboración del Código Penal, que sería promulgado cinco años más tarde. La redacción del texto corrió a cargo de Manuel SEIJAS LOZANO (vocal y vicepresidente de la mencionada Comisión).

Según CANDIL JIMÉNEZ, el 3 de octubre de 1844 la Comisión acordó que PACHECO (designado vocal, tras una inicial negativa suya) quedara agregado a las secciones de procedimientos. No obstante, en alguna acta aparece como asistente a la sección encargada de la elaboración del Código Penal. Pero, resulta indiscutible que, por aquella época, PACHECO estaba muy dedicado a su tarea como Diputado, interviniendo mínimamente en los trabajos de preparación y discusión del texto que después sería aprobado como nuevo Código Penal.

La citada Comisión fue disuelta en 1846, nombrándose seguidamente otra nueva (esta vez sin PACHECO, absorto completamente por la política) que fue la que terminó el Código Penal, que fue aprobado en el Parlamento con escaso debate.

2. Obras

A) Su principal trabajo de índole jurídica lo constituyen los volúmenes publicados con el título de *Comentarios al Código Penal de 1848*. Les dedicó dieciocho meses de intenso trabajo, simultaneados con su actividad pública. Se trata de

una obra muy difundida por España y por Iberoamérica, de la que se publicaron varias ediciones⁸.

El primer tomo contiene una amplia Introducción en la que el autor expone las principales líneas de su pensamiento en torno al Derecho Penal; de este modo, afirma que: "No hay ley alguna en la historia del género humano que pueda disputar a la ley penal la preferencia en el orden cronológico", añadiendo que "la libertad, innata en el hombre, traía como forzosa ilación el posible quebrantamiento de las reglas naturales que la rigen", por lo que "nada hay más necesario que la justicia criminal" (págs. VII a IX).

Para el autor, "el delito, en efecto, es el mal, en cuanto acción humana... es la desobediencia a los preceptos de la ley... es la damnificación de los derechos humanos... es la conculcación de las cosas santas". Sin embargo, "el mal es uno, uno siempre; pero los males varían, según las épocas, y los pueblos, y las doctrinas, y las costumbres" (págs. XII y XIII).

Tras hacer un recorrido histórico por el Derecho penal de la antigua Grecia y Roma, sin omitir los visigodos, Fuero Juzgo y Partidas, llega a la época contemporánea, en la que reconoce que la legislación penal ha sufrido un cambio favorable evidente.

Comenta que llegaron ideas ilustradas de Europa, especialmente de Francia, y recuerda que la Constitución de Cádiz de 1812 dedicó varios artículos a la justicia criminal. Después, llegó el Código de 1822, tras el "grito liberal de 1820", hasta alcanzar la aprobación del Código de 1848⁹, objeto de estas consideraciones, superándose las bárbaras leyes de la edad media y la arbitrariedad de los últimos siglos (p. LX).

Terminada esta Introducción, comienzan los Comentarios propiamente dichos al nuevo Código Penal, deteniéndose con detalle y de forma muy extensa en todos sus preceptos, incluyendo numerosas concordancias con el Derecho

⁸ *El Código Penal. Concordado y comentado* (Madrid, 1849, Imprenta de Santiago Saunague; Madrid, 1856, 4 tomos, Imprenta de la Viuda de Perinat; y Madrid, 1881, Imprenta de Manuel Tello). Utilizamos la correspondiente a 1881, quinta edición corregida y aumentada.

⁹ Reconociendo que "por algún tiempo" formó parte de la Comisión redactora (p. LIX).

romano (Digesto, Instituciones...), Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas, Recopilación y Código Penal de 1822, así como relativas al Código francés, al austriaco, al napolitano y, curiosamente, al de Brasil¹⁰.

Por supuesto, los Comentarios constituyen la parte principal y más amplia de los volúmenes, pues, además, son juiciosos y profundos, demostrando en todos ellos un magistral conocimiento del Derecho Penal y, concretamente, del nuevo Código. Además de los conocimientos de su extensa cultura jurídica, no falta la aportación de numerosos supuestos prácticos, lo que aumenta el interés de la obra y explica también la difusión que tuvo por todo el mundo de habla hispana.

Culminan con el examen de la disposición final y las disposiciones transitorias, incorporando, además, un comentario a la ardua tarea que le supuso la redacción de tres muy gruesos tomos en tan solo dieciocho meses.

La obra concluye con unos Apéndices legislativos, y cada tomo contiene su correspondiente índice.

B) La segunda publicación en importancia (aunque fue la primera en el tiempo) son los *Estudios de Derecho Penal*¹¹. Corresponden a las lecciones impartidas como conferencias en el Ateneo de Madrid, durante el curso 1839-40.

C) También, escribió *Comentarios a las Leyes de Desvinculación*¹², Recursos de nulidad, sobre el Decreto de 4 de noviembre de 1838¹³ y *Lecciones de Derecho Político Constitucional*¹⁴ (seguramente, fruto de las conferencias que dictó en 1844-45 en el Ateneo de Madrid, con el mismo título).

¹⁰ Observamos que en la única nota de la página LXIV menciona al Licenciado D. Francisco Díaz y Mendoza, que le prestó una valiosa colaboración, especialmente en la redacción de las Concorancias.

¹¹ Existen varias ediciones: Editor Ignacio Boix, Madrid, 1842-43, e Imprenta de D. S. Compagni, Madrid, 1854.

¹² Imprenta de Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1847, e Imprenta Manuel de Rojas, Madrid, 1849.

¹³ Imprenta de Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1845 y 1847.

¹⁴ Imprenta de Ignacio Boix, Madrid, 1845.

D) Además de los trabajos mencionados, que fueron los más sobresalientes, Joaquín Francisco PACHECO publicó sus Discursos pronunciados en el Senado¹⁵, diversos artículos doctrinales en *Crónica Jurídica*, en el *Boletín de Legislación y Jurisprudencia*, y en la *Enciclopedia Española del Siglo XIX*; también pronunció discursos en la Real Academia Española (en la que ocupó la silla “b” minúscula; con motivo de la admisión de Fermín de la Puente y Apezechea¹⁶, y en 1853, con motivo de la admisión de Rafael María Baralt), en la Academia Matritense de Legislación y Jurisprudencia¹⁷, y en la Academia de Nobles Artes de San Fernando (recepción pública de Domingo Martínez, editado por dicha corporación, en Madrid, 1859).

(II) FRANCISCO DE ASÍS PACHECO MONTORO

I. EL HOMBRE, ESCRITOR Y POLÍTICO

Nació el 4 de enero de 1852 en Lucena (Córdoba), a treinta kilómetros de la tierra de sus antepasados y falleció el 27 de noviembre de 1897 en Madrid.

Hijo de José María PACHECO GUTIÉRREZ CALDERÓN (hermano de Joaquín Francisco), militar de caballería, y de María de la Concepción MONTORO, se casó con Obdulia ROBLES NISARRE (sin tener descendencia).

Tuvo una intensa actividad como periodista¹⁸ y escritor¹⁹, participando, al igual que su tío, en política²⁰.

¹⁵ Madrid, Imprenta de Manuel Tello, 1861.

¹⁶ Imprenta de Santiago Saunaque, Madrid, 1850.

¹⁷ Sesión inaugural celebrada el 12 de noviembre de 1858 (Imprenta de D. E. Aguado, Madrid, 1858).

¹⁸ Fue director de *La Voz del Pueblo* (Córdoba), *La Concordia* (La Coruña), y *La Nueva España* y *Revista Contemporánea* (Madrid). También, escribió en *El Imparcial*, *La América*, *El Orden*, *El Liberal*, *La Ilustración Española*, *El Día*, *Revista de España*, *Revista de los Tribunales* y *Revista Hispano-Americana*.

¹⁹ *La economía agraria en Málaga* (1879) y *La misión de la mujer en la sociedad y en la familia* (Madrid, Gaspar Editores, 1881).

²⁰ También participó activamente en política, siendo Diputado a Cortes por Alicante (elecciones de 1884) y por Sagunto (elecciones de 1886 y 1893).

II. EL JURISTA

La faceta en la que adquirió mayor relevancia fue la jurídica. Además de Doctor en Derecho, como su obra más importante destaca los extensos y profundos Comentarios que dedicó a la Ley del Jurado y sobre cuyos principales aspectos nos vamos a detener a continuación.

1. El libro

Su título es *LA LEY DEL JURADO* (Comentada por FRANCISCO DE ASÍS PACHECO, con un Prólogo del Excmo. Sr. D. MANUEL ALONSO MARTÍNEZ)²¹.

Consta de Prólogo (LXI páginas), Introducción (páginas LXIII a CCLXII) y los Comentarios propiamente dichos al articulado, incluidas las disposiciones especiales, apéndices y formularios (páginas 1 a 941).

La obra, fechada en mayo del citado año, está dedicada a su respetable y querido amigo D. Cristino Martos, "como prueba y en recuerdo de nuestra sincera amistad".

2. El prólogo

Como se ha dicho, corre a cargo de Manuel ALONSO MARTÍNEZ, entonces ministro de Gracia y Justicia, quien explica que lo hace a ruegos de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (pág. XIII).

El prologuista añade que el Sr. Pacheco está "íntimamente enlazado por los vínculos de la sangre al ilustre autor de los Comentarios a las Leyes de Toro y al Código Penal de 1850", destacando su ejemplo de laboriosidad al escribir esta obra relativa al Jurado mientras desempeñaba su alto cargo al frente de la Dirección de Administración Local y realizaba sus tareas como Diputado en el Parlamento (págs. XVI y XVII).

²¹ Publicado en Madrid, en 1888, por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, e impreso en la Imprenta de la Revista de Legislación (a cargo de José María Sardá, Ronda de Atocha, 15, centro).

En cuanto a la institución del Jurado, el prestigioso jurista destaca que su establecimiento ha sido en España un compromiso del partido liberal y que hay que dar varios meses de tiempo a los magistrados y abogados “para que se empapen en este nuevo procedimiento” (págs. XVIII y XXIX).

En su opinión, las exigencias científicas reclamaban su establecimiento como complemento de la reforma que se llevó a cabo en la organización judicial y en el procedimiento criminal²².

3. La Introducción

Desde la perspectiva teórica, y con especial referencia a la institución del Jurado, es una parte con mucho interés, de gran importancia, por las relevantes y diversas cuestiones que el autor aborda en su libro. De ahí la especial atención que le prestamos en estas páginas.

Como dice al principio de la Introducción, dedica ésta por completo al examen de los principios en que se funda la nueva Ley del Jurado, recordando que él mismo, por designación del entonces ministro de Gracia y Justicia (ALONSO MARTÍNEZ), formó parte de la Comisión parlamentaria que había de dar dictamen acerca del proyecto²³.

²² En efecto, “la oralidad del juicio y el principio acusatorio no puede decirse que están planteados de una manera acabada; no puede afirmarse que esos principios llegan a su último desenvolvimiento, ni que de ellos es posible deducir todas las consecuencias que han apetecido y han anunciado sus defensores más constantes y entusiastas, si no se establece el Jurado, con la distinción entre los Jueces de hecho y los de derecho” (página XXXVIII), añadiendo que se hace también “conforme a las exigencias políticas más racionales; y esas exigencias políticas son de aquellas que presentan al Jurado como una garantía eficaz del derecho constitucional y de las libertades públicas. Nosotros hemos creído siempre que, bajo este punto de vista, ningún organismo judicial era superior, ni comparable siquiera, al Jurado mismo; ... el Jurado es el sostén más firme y el amparo más seguro de los derechos y de las libertades de un gran pueblo” (página XLVII).

²³ Dicha designación le llevó a ocuparse con detenimiento del estudio del Jurado, formando parte de la Comisión con GARCÍA GÓMEZ DE LA SERNA, GARCÍA ALIX, SANTANA, ROSELL y DÍAZ MOREU, siendo presididos por D. Antonio MAURA, entonces vicepresidente segundo del Congreso. De ahí nació su propósito de escribir este libro, en el que procuró reunir y ordenar sus observaciones y sus juicios acerca de tan importante problema, comenzándolo a fines de 1887; para ello se sirvió de la cooperación de un Profesor de Taquigrafía, el Sr. Carlos FARFÁN DE LOS GODOS (págs. LXVI a LXIX).

Entrando en materia, afirma que “el Tribunal del Jurado se acerca más que ningún otro al bello ideal de la Administración de la justicia”²⁴. Sin entrar en el examen de tribunales que históricamente han tenido principios análogos a los del Jurado, expone que éste, tal como lo desarrolla la comentada ley, es una institución enteramente nueva, lo que contrasta con la situación anterior en la que el procedimiento criminal consistía en que un juez instruía el sumario, presidía el plenario y sentenciaba²⁵.

²⁴ PACHECO parte de la imaginación de “una pequeña comunidad, un pequeño pueblo donde se cometiera un delito, un delito grave, un delito de esos que alarman la localidad en que se cometió, que producen en ella una seria perturbación, por lo horrible de sus consecuencias y por la amenaza que representa y significa para todos los intereses legítimos.

Una vez cometido el delito, detenido el delincuente y recogidas las pruebas que sea posible aportar para poner en relieve de una manera incontestable, así la existencia de la infracción, como la culpabilidad del procesado, se convoca a los padres de familia, a los jefes de los hogares que constituyen la comunidad, y que por el hecho de ejercer esa jefatura natural y de ostentar esa representación, son los más interesados en que el delito se persiga, en que el inculcado se castigue. El juicio debe verificarse ante ellos, porque son los que tienen ese legítimo interés, y los que de una manera más eficaz pueden atenderle y servirle; ellos deben estimar las pruebas, apreciar los hechos, declarar la culpabilidad y dictar la sentencia; ellos deben restablecer el derecho lesionado; ellos deben ejercitar en nombre de la colectividad que de hecho representan y dirigen, el derecho de la defensa social que surge ante la agresión del reo” (págs. LXXI y LXXII).

²⁵ Añadiendo que ese juez “era, antes que representante de la justicia en su expresión más serena e imparcial, un verdadero perseguidor del supuesto reo. Él era el que le buscaba, el que le acosaba; él era el que acumulaba todos los elementos en que había de fundarse la acusación; él, en suma, era el que ejercía respecto de aquel desdichado, delincuente unas veces e inocente otras, todos los derechos que a sociedad tiene para averiguar y esclarecer los delitos.

En esta tarea, en esta obra, el Juez había de interesar todas las potencias de su alma y todas las facultades de su espíritu; y el Juez, que había de ser el perseguidor del delincuente durante todo el período de instrucción... para conseguir la confesión del reo... trataba por todos los medios que la ley ponía a su alcance, de imponer al inculcado, al acusado, su propia voluntad” (pág. XCIII).

En cuanto al fundamento del Jurado, PACHECO destaca especialmente el procedimiento acusatorio²⁶, la oralidad del juicio²⁷ y la apreciación de las pruebas por la libre conciencia del Juez²⁸.

Además, se detiene en otros aspectos, muy relacionados con los fundamentos expuestos; así, la legislación revolucionaria de 1870 y 1872, la irresponsabilidad de los Tribunales en cuanto a la apreciación de las pruebas, el Jurado y la libertad política, la idónea aptitud del Jurado para la apreciación de las pruebas, la debatida cuestión de la impunidad favorecida por el Jurado o, por el contrario, su severidad en el enjuiciamiento de ciertos delitos, sin olvidar el problema de los posibles errores cometidos.

²⁶ Según sus palabras, “constituye una de las más grandes conquistas del procedimiento penal en nuestra época; fúndase en el principio acusatorio, y se funda en este principio, no sólo porque él establece la absoluta y completa separación de los elementos acusadores con aquellos que han de juzgar, sino porque el principio acusatorio reclama, como una de sus necesarias consecuencias, que aquellos que por la práctica de las funciones de Fiscales,... de Jueces instructores,... se aparten y alejen por completo del juicio de los criminales, en lo que toca a la estimación de los hechos y a la apreciación de las pruebas. El Tribunal imparcial, el Tribunal llamado a decidir con entera independencia entre las opuestas alegaciones y demostraciones de las partes; el Tribunal sin conexiones de ninguna especie con los que acusan ni con los que defienden, es el tribunal del Jurado” (págs. CXIII a CXIV).

²⁷ Este principio –dice PACHECO– “no se realiza completamente si no es con el establecimiento del Jurado”; tras proclamar que “lo más importante que hay en un proceso criminal es el juicio; entendiéndolo por tal... el período en el cual se presentan las pruebas, se alegan las respectivas razones que abonan la posición de la acusación y de la defensa, y en suma, se concretan y presentan a la vista del Tribunal los elementos que han de servirle para dictar el fallo”, criticando duramente la instrucción que en esa época se practicaba de los sumarios, con defectos e irregularidades notoriamente conocidos, el comentarista defiende que “los jurados no tendrán en cuenta el sumario, no juzgarán sino por lo que vean en el juicio. Los jurados no juzgarán por lo que diga el fundamento de la acusación contenido en el sumario”. De este modo, “el Jurado realizará el principio de la oralidad del juicio mejor que otro Tribunal” (págs. CXV a CXXIV).

²⁸ Francisco de Asís PACHECO insiste mucho en la estrecha relación del Jurado con la apreciación de la prueba. Al referirse a su mencionado tío, escribe: “Hace cincuenta años, nada menos que cincuenta años, que un publicista conservador..., D. Joaquín Francisco Pacheco, creía que era motivo bastante para tomar en consideración la aspiración del Jurado, la doctrina de la apreciación de las pruebas por la conciencia” (pág. CXXV).

En relación con la prueba tasada y la valoración libre, de nuevo refiriéndose a su tío, afirma: “...con aquella clarísima inteligencia y aquella percepción verdaderamente admirables que le hacían adivinar y apoderarse de todos los grandes principios que han informado la reforma penal y procesal de nuestro tiempo”; a continuación, transcribe las siguientes palabras de Joaquín Francisco PACHECO: “todo lo que no sea en este punto adoptar el remedio verdadero, organizar convenientemente los Tribunales y dejar a su conciencia la apreciación de los comprobantes del crimen, es empeñarse en una situación que no tiene salida lógica” (pág. CXXXVIII).

Pero, de modo indubitado, el comentarista se muestra fervoroso partidario de la mayor aptitud del Jurado para la estimación de las pruebas²⁹, llevando a sus últimas consecuencias el principio acusatorio³⁰; también, se pronuncia en favor de la limitación del Jurado a determinados delitos, afirmando que el Jurado es el mejor instrumento para la administración de la Justicia y no es más ignorante que los Tribunales de derecho, así como que la irresponsabilidad es inherente a todo Tribunal; igualmente, contempla con especial atención la mayor independencia del Jurado, así como la relación de las Tribunales con la prensa, sin olvidar sus consecuencias para el progreso de la ciencia penal y de la procesal, incluida la penitenciaria³¹.

Sorprende que, ya en esa época, dedica atención al escabinado. A su juicio, el Jurado es una preparación para el escabinado, y que sólo después de algunos años de una experiencia del primero, podría llegarse a establecer el escabinado en condiciones capaces de producir un resultado satisfactorio³².

²⁹ De este modo, se pregunta: “¿Quién puede dudar que los jurados que conocen perfectamente el lugar donde se cometió el delito, que conocen perfectamente, mejor que los Jueces de derecho, las personas que intervinieron en el delito, que conocen a los testigos que vienen a deponer acerca de la verdad de los hechos, pueden apreciar mejor, pueden estimar mejor las pruebas que el Juez de derecho cuando se refieran las pruebas, como han de referirse exclusivamente, a los hechos en sí mismos o a la imputabilidad?”, a diferencia de los Jueces, obligados por la ley a no tener arraigo en la localidad donde administran justicia y teniendo necesariamente que ser extraños.

Por otra parte, en relación con la estimación de las pruebas, estima que: “es una cuestión de conciencia; para estimar las pruebas no se necesita absolutamente nada más que buen sentido, y para ser leal y veraz en la expresión de lo que se estima cierto, basta una conciencia sana”, por lo que hay que buscar “únicamente hombres de conciencia sana” (págs. CLXIII a CLXVIII).

³⁰ “¿Estamos convencidos, como indudablemente lo estamos todos, como lo está todo el mundo, de que a la sociedad, de que al Estado, de que a la colectividad social interesa que la justicia se administre en esa forma, de suerte que los Tribunales sean meramente pasivos, de suerte que los Tribunales no tengan interés ninguno en la condenación ni en la absolución del procesado? Pues entonces debemos mantener el Jurado, porque solo en él encontraremos las garantías necesarias para este desarrollo del principio acusatorio, y para obtener completamente las grandes ventajas que en este principio se buscan” (páginas CLXIX y CLXX).

³¹ Al respecto, ver páginas CLXXII a CCXXXIII.

³² Afirma que “esta institución tiene muchos partidarios, sobre todo entre los que no lo son del Jurado” (págs. CCXXXV a CCXXXVII).

Termina su Introducción insistiendo en la necesidad de robustecer el Poder Judicial, organizándolo como un Poder del Estado, proclamando la significación política del Jurado (que completa, entre nosotros –son sus palabras– “el gobierno del país por el país”), pues constituye un paso hacia adelante en el camino de establecer una monarquía democrática³³.

4. Los Comentarios propiamente dichos

Desde la perspectiva práctica, esta parte constituye la esencia de la obra que comentamos, pues, al hilo del texto legal, incorpora una riquísima aportación de conocimientos penales y procesales, con evidentes muestras de erudición jurídica, sin olvidar otros aspectos con repercusión social y política.

En sus casi mil páginas, PACHECO, efectúa un minucioso y exhaustivo recorrido por la nueva Ley del Jurado. Valga como ejemplo el comentario al artículo primero, relativo a la composición del Tribunal del Jurado y de sencilla realización. Pues bien, a lo largo de siete páginas, el autor realiza un impresionante alarde de conocimientos. En la misma línea, al comentario del artículo segundo de la Ley, dedica casi doce páginas de extensos conocimientos de Derecho comparado, histórico y de debates parlamentarios.

Pero si los supuestos mencionados son estimables y dignos de respeto, ¿qué se puede decir del comentario al artículo cuarto (dedicado a la competencia) de la Ley del Jurado, al que dedica casi doscientas páginas? Un verdadero ensayo de profundo calado jurídico que, solo por ello, es acreedor del mayor elogio. Un trabajo al que no se estaba habituado en la época y que, aún hoy, provoca verdadera admiración. Un compendio de conocimientos penales y procesales que dan una idea de la seriedad de la obra que hemos traído a colación³⁴.

Basta con repasar el camino seguido en su detallada exposición, con el profundo análisis efectuado, la exposición de las múltiples posibilidades legales abiertas, la aportación de diversos materiales de interés, etcétera, para concluir que nos encontramos ante una obra extraordinaria, que fue de obligada consulta

³³ Páginas CCXXXIX a CCLXII.

³⁴ Lo mismo puede afirmarse de los comentarios dedicados a los artículos 9º (más de ochenta páginas) y 31, 61 o 68 (con casi 30 páginas, cada uno de ellos).

en su día por todas las personas involucradas en su estudio y aplicación práctica. Interés que, a través de los años, se extendió a quienes (todavía en el momento actual), se mostraron interesados en el estudio de este modo de participación popular en la Administración de Justicia.

Es decir, todos los principales aspectos de la entonces nueva Ley del Jurado (constitución, competencia, circunstancias para ser jurado, formación de las listas, trámites anteriores al juicio, diligencias preparatorias, la recusación de los jurados, el juramento, la celebración del juicio, deliberación y veredicto, el juicio de derecho, la sentencias o la suspensión del juicio, así como los posibles recursos y las disposiciones especiales) son analizados con el acierto y la meticulosidad apuntados.

Una obra que constituye un hito fundamental en la historia del Jurado en España.

5. Apéndices

Se incorporan unos textos legales fundamentales para el conocimiento y aplicación práctica en su día de la Ley del Jurado de 1888; de este modo: el autor se preocupó de que no faltasen el Real decreto de 20 de abril (dictando reglas para la ejecución de la ley del Tribunal del Jurado), la Ley de 23 de junio (sobre celebración de los juicios orales ante los Tribunales de derecho en Baleares y Canarias) y la Real orden de 30 de junio, fijando los términos en que debe entenderse redactado el artículo 112 de la ley.

Naturalmente, todas estas disposiciones corresponden al año de promulgación de la mencionada Ley del Tribunal del Jurado.

6. Formularios

Para que la publicación resultara más completa, contiene más de treinta páginas con diferentes modelos de formularios, muy convenientes para el planteamiento tanto de cuestiones e incidencias relacionadas con los aspectos administrativos del Jurado (excusa de vocal, reclamación sobre exclusión de las listas, acta de sorteo, etcétera), como procesales (entre otros, auto denegando la recusación de jurado, acta de juicio ante Tribunal del Jurado y veredicto del Jurado).

III. OTROS TRABAJOS JURÍDICOS

En 1889, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, publicó dos trabajos sobre el Jurado (*La Ley del Jurado. Su inteligencia y planteamiento*, y *La suspensión del Jurado*).

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE LA JURISDICCIÓN CIVIL. DEL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL A LA ACCIÓN DIRECTA

José María Roca Martínez

Profesor Titular de Derecho Procesal (Universidad de Oviedo)

Sumario: I. ESFUERZOS LEGISLATIVOS PARA LA SUPERACIÓN DEL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL. II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES. III. ¿«TACTICISMO» PROCESAL? IV. LA ACCIÓN DIRECTA EXCLUSIVAMENTE CONTRA LA ASEGURADORA.

I. ESFUERZOS LEGISLATIVOS PARA LA SUPERACIÓN DEL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL

Por más esfuerzos legislativos que se destinen a delimitar el ámbito de los distintos órdenes jurisdiccionales, es indudable que siguen existiendo zonas fronterizas, de mayor o menor extensión, donde las dudas son inevitables y la práctica diaria pone a prueba la claridad de nuestras leyes, así como la homogeneidad de su interpretación. Las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas han sido un fértil campo para el *peregrinaje jurisdiccional*, abonado por el *tacticismo procesal* que permite al demandado sostener un argumento y su contrario, sin rubor de ningún tipo, con tal de retrasar la solución judicial del conflicto¹. Cualquier comportamiento se admite, por más que la buena fe habite en nuestra LOPJ desde hace décadas².

El artículo 3.b) LJCA 1956 atribuyó al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de *“las cuestiones que se susciten sobre la*

¹ En el apartado III se da cuenta de este “tacticismo procesal”.

² Estéril reconocimiento del artículo 11 LOPJ y del artículo 247 LEC.

*responsabilidad patrimonial de la Administración pública*³; se iniciaba así el camino hacia la unidad jurisdiccional, casi inmediatamente truncado por la LRJAE al matizar que si el Estado actuaba en relaciones de derecho privado, su responsabilidad derivaba a la jurisdicción civil (41 LRJAE)⁴.

La LOPJ fijó en el artículo 9.4 el ámbito del orden jurisdiccional contencioso administrativo sin abordar la cuestión de la responsabilidad patrimonial; la LRJPAC recuperó la unidad jurisdiccional en su artículo 142.6, al que siguió el artículo 2.3 RPAP⁵. El TS se pronunció de manera rotunda afirmando que *“el cambio normativo introducido por la Ley 30/1992 ha supuesto el restablecimiento del principio de unidad jurisdiccional para el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración pública”*⁶.

El régimen legal delimitado con la LRJPAC que, con aparente claridad, se sostiene sobre el principio de unidad jurisdiccional, resultó cuestionado por algunos pronunciamientos judiciales, con la consiguiente crítica doctrinal; los problemas no desaparecieron y volvió la inseguridad jurídica, en especial *“cuando la Administración era codemandada con otros particulares o bien cuando actuaba por completo desprovista de las prerrogativas propias del imperium”*⁷.

El voluntarioso legislador⁸ buscó soluciones que llegaron de la mano de la LJCA y de la reforma de la LOPJ. Así, la LO 6/1998, de 13 de julio, en un nuevo inten-

³ Atribución adelantada un par de años antes por el artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa.

⁴ La trascendencia de la LRJAE, aun sin ser aplicable en el ámbito municipal, llevó al TS a trasladar la dualidad de jurisdicciones a la Administración Local. En el ámbito institucional, los artículos 77 y 78 LEEA también implantaron la referida dualidad (SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A., FERNÁNDEZ MONTALVO, R. *“Jurisdicción y Competencia en el proceso contencioso-administrativo”*, Bosch, 2002, p. 413).

⁵ Algo ya apuntado en el Anteproyecto de Ley reguladora del proceso administrativo de 1986 (GARBERÍ LLOBREGAT, J., *“Comentarios a la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998”*, GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. coaut. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1999, p. 49).

⁶ ATS, Sala de Conflictos, de 11 diciembre 1995, ponente: Gustavo Lescure Martín [RJ 1995\9783].

⁷ SALA SÁNCHEZ, P. y otros, *“Jurisdicción y Competencia ...”*, ob. cit., p. 413.

⁸ En actitud que llegó a calificarse de *“machacona”* (DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *“Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración pública: jurisdicción competente (contraste –¿o coincidencia?– entre «conceptos» e «intereses»)* (1)”, *La Ley digital*, La Ley 2190/2002, p. 2).

to de aclarar la situación, para confirmar la unidad jurisdiccional y para adecuar la LOPJ a la LJCA, introdujo un apartado segundo en el artículo 9.4⁹. El artículo 2.e LJCA motivó la modificación del artículo 9.4 LOPJ y ambos son, en esencia, coincidentes, si bien la LJCA hace especial hincapié en la exclusión negativa: “no pudiendo ser demandadas aquéllas (las Administraciones públicas) por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”. Intento loable, pero solución insuficiente, como de manera casi inmediata puso de manifiesto la práctica y reconoció el TS¹⁰. La Sala de Conflictos del TS dictó varios autos¹¹ que dieron “al traste con el feliz paraíso que se nos prometía desmintiendo a todos aquellos que, desde estas últimas reformas legislativas, consideraban zanjada la cuestión”¹². La omisión legislativa ya había sido advertida al no prever expresamente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en los supuestos en los que la víctima o perjudicado se limitara a ejercer la acción directa contra la compañía aseguradora de la administración pública o entidad pública asimilada a la misma¹³. En ambos autos se trataba de sendas demandas

⁹ “Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional” (redacción por LO 6/1998, de 13 de julio).

¹⁰ “La nueva redacción del precepto, que desplazaba al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo el conocimiento de las demandas por responsabilidad patrimonial contra las Administraciones públicas en los supuestos de convergencia eventual de un particular en la producción del daño, suscitó inmediatamente la duda de si incluía el ejercicio de la acción directa contra el asegurador de la Administración, ya que en la época habían comenzado a incrementarse los seguros de responsabilidad civil concertados por las Administraciones públicas para cubrir los riesgos dimanantes de la prestación de servicios de su competencia” (STS, 1ª 574/2007 de 30 mayo, ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, ECLI:ES: TS:2007:5009). De máximo interés por su condición de Magistrado de la Sala 1ª es el trabajo de SEIJAS QUINTANA, J.A., “Acción directa contra la aseguradora de la administración”, *Jueces para la democracia*, Nº 40, 2001, pp. 48-52.

¹¹ AATS, Sala de Conflictos de 27 de diciembre de 2001, ponente: José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, ES:TS:2001:12284A; de 21 de octubre de 2002, ponente X. O’Callaghan Muñoz, ES:TS:2002:8952A; de 16 diciembre 2002, ponente: Francisco Trujillo Mamely, ECLI: ES:TS:2002:8955A.

¹² ORRIOLS SALLÉS, M.A., “Un paso atrás en el principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración como consecuencia de la presencia de compañías aseguradoras en el proceso”, *La Ley digital*, 13/2003.

¹³ En el año 1999, con ocasión de la reunión de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, se puso de manifiesto que ni la LOPJ ni la LJCA incluían previsión alguna respecto a qué orden

contra RENFE y su aseguradora en reclamación de responsabilidad extracontractual por lesiones, secuelas y gastos sufridos por los respectivos demandantes (en el vestíbulo de la estación y al apearse de un vagón del tren).

Lo llamativo en la argumentación de la Sala de Conflictos es que considera que aunque la responsabilidad patrimonial de RENFE (Entidad Pública Empresarial) debe exigirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al incluir la acción directa frente a su aseguradora, el vacío legal debe llenarse aplicando la *vis atractiva* de la jurisdicción civil¹⁴. La existencia de argumentos tanto a favor¹⁵ como en contra¹⁶, pusieron de manifiesto la necesidad de una nueva intervención del legislador, lo cual se produjo con la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que incorpora dos apartados más al artículo 9.4 LOPJ¹⁷. Su literalidad no ofrece dudas respecto a la competencia del orden contencioso-administrativo cuando se

jurisdiccional correspondía conocer de las demandas dirigidas directamente contra la aseguradora de la Administración. Dio cuenta de ello BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (*Actualidad civil*, 1999, núm. 16) y planteó nuevamente la cuestión al comentar el ATS Sala de Conflictos de 27 de diciembre de 2001 (“Responsabilidad civil o patrimonial de las Administraciones públicas y jurisdicción competente”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 22/2001, Aranzadi Instituciones [BIB 2002\57]).

¹⁴ El segundo de los autos citados, en su fundamento jurídico tercero, establece: “*La responsabilidad patrimonial de RENFE debe ser conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa; así lo expresó obiter dicta, el Auto de esta Sala de conflictos, de 27 de diciembre de 2001 (conflicto número 41/2001). Sin embargo, el mismo Auto, como fundamento de la parte dispositiva, mantuvo que si se demanda conjuntamente a RENFE y a una compañía aseguradora, la jurisdicción competente es la civil, ya que ésta no es coautora del daño, sino que es demandada en virtud de un contrato de seguro y no cae bajo la previsión de las normas citadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la jurisdicción contencioso-administrativa; el perjudicado no puede ser obligado a seguir dos procesos, ante dos jurisdicciones diferentes, por lo que, conforme al artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la vis atractiva de la civil, es ésta la jurisdicción competente*” (ATS, Sala de Conflictos de 21 de octubre de 2002, ponente X. O’Callaghan Muñoz, ES:TS:2002:8952A).

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Responsabilidad civil...”, trab. cit.

¹⁶ MORENO MOLINA, J. A., “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las administraciones públicas”. *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 179/2016, Aranzadi Instituciones [BIB 2016\4485], apdo. V.

¹⁷ “*Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas*”.

demanda a la aseguradora junto a la Administración¹⁸, pero omite la referencia a la acción directa exclusivamente contra la aseguradora; el TS se pronunció en favor de la competencia del orden jurisdiccional civil¹⁹ y ha recordado recientemente el TS que, a partir del 2003 “cuando la acción se ejercite solo contra la entidad aseguradora, con fundamento en el artículo 76 LCS, la competencia para conocer de ella se atribuye a la jurisdicción civil (AATS, Sala de Conflictos, 18 de octubre de 2004, 28 de junio de 2004, 3/2010, 4/2010, 5/2010 de 22 de marzo; SSTs de 30 de mayo de 2007 y 11 de febrero de 2011)”²⁰.

Con posterioridad a la redacción vigente de la LOPJ, se han aprobado la LPAC y la LRJSP que “mantienen la unificación sustantiva y procedimental relativa a todas las actuaciones de las Administraciones públicas que pudiesen dar lugar a su responsabilidad, que ya había establecido la LRJPAC”²¹, sin introducir alteraciones en la delimitación jurisdiccional que estableció la LOPJ. Con independencia de la actuación directa o a través de entidades de derecho privado y aunque se trate de relaciones de tal naturaleza, la responsabilidad de las Administraciones

¹⁸ Aunque como expondré más adelante, la Sala de Conflictos, para mantener la competencia del orden jurisdiccional civil, no tenga inconveniente en cambiar su opinión acerca de la naturaleza de RENFE.

¹⁹ “La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 19/2003 .../..., reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo «cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva». Con ello se ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el asegurador, pero este precepto ha sido interpretado por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y 28 de junio de 2004 (teniendo en cuenta la inclusión del último inciso, que no figuraba en algunos textos prelegislativos) en el sentido de que, según expresión del primero de los citados autos, «la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ .../..., en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella junto a la Administración respectiva, lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros» (STS 1ª 574/2007 de 30 mayo, ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, ECLI:ES:TS:2007:5009).

²⁰ STS 1ª Pleno, 321/2019 de 5 de junio, ponente: Eduardo Baena Ruiz, ECLI:ES:TS:2019:1840. En este caso, el TS aclara que esta materia ha sido afectada por la Ley 40/2015, si bien, al no ser aplicable al supuesto de autos “sería un exceso de la sala entrar en su interpretación”.

²¹ MORENO MOLINA, J. A., “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las administraciones públicas”. *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 179/2016, Aranzadi Instituciones [BIB 2016\4485], apdo. III.

Públicas debe exigirse de conformidad con el régimen previsto en la LRJSP (artículos 32 y ss.), incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.

II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES

Conviene recordar una precisión previa: el TC ha considerado que la delimitación del ámbito de los distintos órdenes jurisdiccionales es una cuestión de legalidad ordinaria; así se pronunció respecto a la relación entre el artículo 9.4 LOPJ y el 142.6 LRJPAC, sin que sus argumentos hayan perdido vigencia en el actual marco legislativo.

La Sala Primera, consciente del peregrinaje expuesto, admitió la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración con distintos argumentos. Con anterioridad a la LRJPAC, con escasa fundamentación técnico-jurídica, pero con un encomiable sentido de la Justicia (o de la equidad), se fue tratando de evitar que el justiciable que agotaba sucesivas instancias en el orden civil, ante una declaración de incompetencia, se viese abocado a iniciar un nuevo, largo y costoso camino en el contencioso-administrativo; los graves e irreparables perjuicios que ocasionaría, pero sobre todo, la doctrina de la vinculación más fuerte, fueron los argumentos habituales²². Pronto se fueron utilizando criterios más positivistas, como la *vis atractiva* de la jurisdicción civil proclamada por el artículo 9.2 LOPJ o su carácter residual²³. La línea argumental se mantuvo en sentencias posteriores a la entrada en vigor

²² STS, 1ª, de 5 julio 1983, ponente: Rafael Casares Córdoba [RJ 1983\4068].

²³ SsTS, 1ª, de 22 de noviembre de 1985, ponente: José María Gómez de la Bárcena y López, ECLI: ES:TS:1985:511; de 1 de julio de 1986, ponente: Ramón López Vilas ECLI: ES:TS:1986:7925; de 2 de febrero de 1987, ponente: Cecilio Serena Velloso, ECLI: ES:TS:1987:9122; de 29 de octubre de 1987, ponente: Cecilio Serena Velloso, ECLI: ES:TS:1987:8604; de 7 de abril de 1989, ponente: Matías Malpica González-Elipe, ECLI: ES:TS:1989:2383; STS, 1ª, de 28 marzo 1990, ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, ECLI: ES:TS:1990:2901; de 25 julio 1991, ECLI: ES:TS:1991:4419 ponente: José Almagro Nosete.

de la LRJPAC²⁴, apareciendo otras, como la apoyada en la protección del consumidor²⁵, si bien, no faltaron significativos pronunciamientos contrarios a lo expuesto²⁶. En definitiva, la Sala Primera tuvo que hacer equilibrios para no apartarse de *“los valores constitucionales”*, ni menoscabar el *“principio de jerarquía normativa, ni del sistema legal de fuentes”*, *“con el fin de procurar la efectividad de la tutela judicial y paliar las graves consecuencias de la solución tardía”*, se consideró *“obligada para salvar deficiencias técnicas y lagunas a establecer la doctrina de la vis atractiva de la jurisdicción civil”*²⁷,

²⁴ SsTS, 1ª, 368/1995 de 22 abril, ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, ECLI:ES:TS:1995:2299; 970/1996 de 22 noviembre, ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, ECLI:ES:TS:1996:6564; 256/1999 de 20 marzo, ponente: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa, ECLI:ES:TS:1999:1941.

²⁵ SALA SÁNCHEZ, P. y otros, *“Jurisdicción y Competencia...”*, ob. cit., p. 419.

²⁶ STS, 1ª, 592/1998 de 19 junio, ponente: Antonio Gullón Ballesteros, ECLI:ES:TS:1998:4116.

²⁷ *“En definitiva, esta doctrina cubre la laguna legal de signo procesal que produce la falta de normas procesales coordinadas sobre la sanación “in radice”, con carácter previo y preclusivo del presupuesto referido al orden jurisdiccional competente, aunque quedara a salvo el condicionante absoluto de orden público, revelado por el ejercicio de potestades necesarias del “imperium iuspublico”, ámbito estricto que debe respetarse y tutelarse incluso de oficio. La excepción, sin embargo, representada para ese ámbito estricto no puede extenderse a las actividades de entidades u organismos administrativos que, aunque formalmente sean administrativas, materialmente no conllevan el carácter insustituible del sujeto que las desarrolla, en función del “ius imperii”, por cuanto pueden ser ejercidas también por sujetos privados. Estas circunstancias se reflejan, a veces, en razones de mera política legislativa que atribuyen, según conveniencias, desde luego, en principio, atendibles, a uno u otro orden jurisdiccional el conocimiento de determinadas materias; razones, sin embargo, que en la “mens legis”, no tienden a provocar una ineffectividad de la tutela judicial, ni una indebida dilación procesal, por lo que cuando el efecto legislativo no querido frente a la Constitución surge es, sin duda, por imprevisión determinante de laguna procesal, que debe cubrirse según la precedente doctrina conforme al principio general de la evitación del “peregrinaje de jurisdicciones”. En la misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio 1997, porque como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 febrero 1997, tras un análisis detenido y ponderado de la jurisprudencia, «a estas alturas aceptar un peregrinaje de jurisdicciones se presenta irritante y no acomodado a una gestión efectiva, ante un supuesto claro de responsabilidad por daños». O como recoge la sentencia del Tribunal Supremo «es preciso aunque sea solamente a título de los principios, afirmar que nos encontramos con una actuación totalmente correcta desde un punto de vista de conocimiento procesal, aunque a partir de la publicación de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se haya instaurado, en principio, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el sistema de la unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, sin profundizar en la cuestión hay que afirmar para la presente contienda, que la evitación del «peregrinaje procesal» es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial*

habiendo sido encuadrada su actuación en la denominada «jurisprudencia de intereses»²⁸.

Por su parte, la Sala Tercera ha venido sosteniendo su competencia sobre la base del principio de unidad jurisdiccional, en especial a partir de la LRJPAC²⁹, siendo numerosas las sentencias en tal sentido³⁰.

La Sala de Conflictos va evolucionando, como no podría ser de otra manera, al ritmo que marca el legislador; primero, con la LRJPAC deja clara la competencia del orden contencioso-administrativo cuando la Administración es la única demandada³¹, reconoce los esfuerzos de la Sala Primera por evitar “idas y venidas” innecesarias y comparte su interpretación de que *“cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas, la competencia para el conocimiento del proceso corresponde a la Jurisdicción Civil”*. Ahora bien, introduce diversas matizaciones a tal criterio; no lo considera aplicable *“cuando el particular codemandado con la Administración no actúa propiamente en su condición de tal particular, sino como agente de la Administración titular del servicio público o cuando la sociedad particular demandada figura incorporada a la esfera de prestación del servicio público en concepto de contratista del Ente*

efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 de la Constitución Española. De acuerdo con las razones expuestas ha de desestimarse el motivo” (STS 1ª de 23 diciembre 1997, ponente: Almagro Nosete, ES:TS:1997:7961).

²⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Acción directa...”, trab. cit., p. 8.

²⁹ SSTs, 3ª sec. 6ª de 4 abril 2000 (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, ECLI: ES:TS:2000:2740); de 6 febrero 2001 (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, ECLI:ES:TS:2001:754); de 18 mayo 2001 (ponente: José Manuel Sieira Míguez, ECLI:ES:TS:2001:4101). La STS, 3ª sec. 6ª, 26 septiembre 2007 (ponente: Agustín Puente Prieto, ECLI:ES:TS:2007:6336), hace un repaso de la evolución legislativa.

³⁰ Demanda contra el Estado y la empresa concesionaria de la autopista, excluyendo de manera expresa la competencia de los tribunales civiles (STS, 3ª, sec. 6ª de 5 junio 2001, ponente: Pedro Antonio Mateos García, ECLI:ES:TS:2001:4722); demanda contra ayuntamiento por incumplimiento de contrato de permuta (STS 3ª, sec. 4ª de 5 mayo 2009, ponente: Antonio Martí García, ECLI:ES:TS:2009:2598); demanda contra la Administración titular del servicio público por deficiente prestación asistencial, con independencia de que hubiera sido prestada en un centro privado concertado (STS 3ª sec. 6ª de 20 febrero 2007 (ponente: Margarita Robles Fernández, ECLI:ES:TS:2007:990).

³¹ ATS, Sala de Conflictos 21/2001 de 6 noviembre, ponente: Francisco Marín Castán, ECLI: ES:TS:2001:12262A.

*administrativo codemandado*³²; también aclara, respecto a la intervención de las aseguradoras, que su intervención no tiene cabida como *“tercero que concurre a la producción del daño”* del artículo 9.4 LOPJ, que su intervención en el proceso tiene origen en un contrato de seguro, resultando oportuno mantener la clásica *vis atractiva* de la jurisdicción civil³³.

A partir de las reformas de 1998 y de 2003, sostiene, con carácter general, que *“corresponde al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo el conocimiento de las reclamaciones que, por responsabilidad patrimonial, se dirijan contra las Administraciones Públicas, bien individualmente, bien conjuntamente contra la aseguradora y los particulares que hayan causado o contribuido a la producción del daño”, pero “cuando la acción de responsabilidad se ejercita única y exclusivamente contra personas jurídicas privadas (concesionaria y/o aseguradora), opción que compete a la reclamante, su conocimiento viene atribuido al Orden Jurisdiccional Civil”*³⁴. En todo caso, *“la competencia de estos mismos órganos requiere, imperativamente, una actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo (artículo 1.1 LJCA), que ha de concretarse .../... en la existencia de un acto administrativo, disposición o resolución (artículos 8, 10 y 11 de la misma Ley) en la que se exteriorice, expresa o presuntamente, la voluntad de alguna de las Administraciones Públicas reseñadas en el artículo 1.2 de la repetida LJCA. En otras palabras, el proceso contencioso-administrativo exige, una actividad administrativa susceptible de impugnación que pueda imputarse a alguna de las Administraciones Públicas legalmente previstas”*³⁵. Utiliza, por tanto, criterios tanto de carácter subjetivo (actuación de una Administración Pública) como objetivo (concretada en un acto, disposición o resolución administrativa).

No suele plantear dudas la competencia de los tribunales del orden jurisdiccional civil en el caso de las entidades privadas, concesionarias de servicios

³² ATS, Sala de Conflictos de 19 de diciembre de 1996, ponente: Francisco Morales Morales, ECLI:ES:TS:1996:5119^a.

³³ ATS, Sala de Conflictos 33/2001 de 27 de diciembre, ponente: José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, ECLI:ES:TS:2001:12284A.

³⁴ ATS, Sala de Conflictos 8/2015 de 24 de abril, ponente: Inés Huerta Garicano, ECLI:ES:TS:2015:2965A.

³⁵ ATS, Sala de Conflictos, 3/2016 de 17 marzo, ponente: Jesus Cudero Blas, ECLI:ES:TS:2016:2648A.

públicos³⁶ o contratadas por la Administración³⁷, acudiendo a la naturaleza privada de la actuación y, por consiguiente, a la ausencia de actividad administrativa (ni acto, ni relación, ni contrato administrativo).

Un campo especialmente conflictivo entre los tribunales de los órdenes civil y contencioso es el de las reclamaciones contra RENFE, ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) y las compañías aseguradoras. La Sala de Conflictos viene considerando que el objeto y el régimen jurídico de ADIF y de RENFE (ahora Renfe-Operadora) son diferentes; mientras el primero tiene naturaleza pública, la segunda actúa como sujeto de derecho privado, derivando de ello que su respectiva responsabilidad se residencia ante distintos órdenes jurisdiccionales: ADIF ante el contencioso administrativo³⁸ y Renfe ante el civil³⁹; cuando se demanda a ambas, la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, por aplicación del último inciso del artículo 9.4 LOPJ⁴⁰. La situación de RENFE puede considerarse curiosa; venía siendo considerada Entidad Pública Empresarial y, como consecuencia de ello, sujeta al orden jurisdiccional contencioso-administrativo; si era demandada conjuntamente con su aseguradora, hasta la reforma de 2003, la competencia correspondía a los Tribunales civiles⁴¹; con la creación de Renfe-Operadora por la DA Tercera de la Ley

³⁶ Concesionaria del puerto de mazarrón (ATS, Sala de Conflictos, 11/2017 de 9 de mayo, ponente: Ignacio Sancho Gargallo, ECLI:ES:TS:2017:4537A); de la explotación de Centro Ecuestre de propiedad municipal (ATS, Sala de Conflictos, 75/2009 de 18 diciembre, ponente: Ángel Aguillo Avilés, ECLI:ES:TS:2009:18207A).

³⁷ Encargada de la conservación y explotación de tramo de la autovía (ATS, Sala de Conflictos, 8/2003 de 11 abril, ponente: Teófilo Ortega Torres, ECLI:ES:TS:2003:13950A). Vid. Domínguez Martínez, P., "Conflicto de jurisdicción en materia de responsabilidad de las administraciones públicas por daños sufridos en accidentes de tráfico", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 14/2006 [Aranzadi Instituciones BIB\2006\1386].

³⁸ ATS, Sala de Conflictos, 3/2018 de 7 marzo, ponente: M.ª Angeles Parra Lucán, ECLI:ES:TS:2018:2808A.

³⁹ ATS, Sala de Conflictos, 7/2015 de 24 abril, ponente: Inés Huerta Garicano, ECLI:ES:TS:2015:2964A; ATS, Sala de Conflictos, 25/2016 de 19 de diciembre, ponente: Pedro José Vela Torres, ECLI:ES:TS:2016:12363A; ATS, Sala de Conflictos, 5/2017 de 15 de marzo, ponente: Rafael Toledano Cantero, ECLI:ES:TS:2017:2186A; ATS, Sala de Conflictos, 8/2018 de 30 de mayo, ponente: M.ª Angeles Parra Lucán, ECLI:ES:TS:2018:6028A.

⁴⁰ ATS, Sala de Conflictos, 10/2018 de 8 junio, ponente: Maria Isabel Perello Domenech, ECLI:ES:TS:2018:6306A.

⁴¹ ATS, Sala de Conflictos de 21 de octubre de 2002, ponente X. O'Callaghan Muñoz, ES:TS:2002:8952A.

39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario y conforme a lo dispuesto en el artículo 4 RD 2396/2004, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Renfe-Operadora, ha pasado a considerarse que su actuación está sujeta al derecho privado y son los tribunales civiles los encargados de conocer acerca de su posible responsabilidad patrimonial, algo que ya recogía la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su artículo 53.²⁴² Curiosamente, la Sala de Conflictos en el caso de Eusko-Trenbideak/Ferrocarriles Vascos, S.A. (y su aseguradora Gerling-Konzern Allegemeine Versicherungs AG), a pesar de reconocer su naturaleza similar a RENFE, la consideró "*sociedad pública*", con capital "*totalmente público*" y sujeta en su actividad a la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos⁴³.

En el caso de sociedades mercantiles participadas por la Administración, suele atribuirse mayoritariamente la competencia a la jurisdicción civil, excepto que sean demandadas conjuntamente con la Administración (aunque no faltan pronunciamientos en sentido contrario). En los supuestos de empresas municipales que asumen la gestión de servicios públicos, como puede ser el suministro de agua⁴⁴, mantenimiento de alcantarillado⁴⁵ o la gestión medioambiental⁴⁶, es habitual que se consideren privadas a los efectos de la determinación del orden jurisdiccional competente. Ha sido así, con carácter general, incluso con

⁴² GÓMEZ LIGÜERRE, C., "Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2/2009, pp. 19-20.

⁴³ ATS, Sala de Conflictos 29/2009 de 1 abril, ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández, ECLI:ES:TS:2009:5975A.

⁴⁴ Demanda contra Aqualia, Gestión integral del agua, S.A. (ATS, Sala de Conflictos, 100/2007 de 19 noviembre, ponente: Manuel Martín Timón, ECLI:ES:TS:2007:15517A); demanda contra Empresa Provincial del Agua de Córdoba (EMPROACSA) ATS, Sala de Conflictos, 17/2008 de 1 julio, ponente: Juan Gonzalo Martínez Micó, ECLI:ES:TS:2008:6520A; demanda contra Aigües de Lleida UTE (ATS, Sala de Conflictos, 27/2008 de 22 de septiembre, ponente: Juan Gonzalo Martínez Micó, ECLI:ES:TS:2008:9939A); demanda contra Aguas Municipales de Vitoria, S.A. (AMVISA) y su aseguradora (ATS, Sala de Conflictos 4/2015 de 17 febrero, ponente: Ignacio Sancho Gargallo, ECLI:ES:TS:2015:1178A).

⁴⁵ Demanda contra Empresa Mixta de Servicios Municipales de El Ejido, S.L. (ATS, Sala de Conflictos, 41/2013 de 16 de junio, ponente: Sebastián Sastre Papiol, ECLI:ES:TS:2014:5391A).

⁴⁶ Demanda contra Gestión Ambiental de Castilla La Mancha, S.A. (ATS, Sala de Conflictos 32/2014 de 5 de diciembre, ponente: Pilar Teso Gamella, ECLI:ES:TS:2014:8316A).

una participación pública es del 100%⁴⁷, cuando se trata de contratos privados considerados "*actos separables*"⁴⁸, manteniéndose la competencia de los Tribunales civiles una vez disuelta la empresa municipal, en razón a haber pasado su patrimonio al Ayuntamiento⁴⁹.

No obstante, no faltan ejemplos de atribución a los tribunales contencioso-administrativos, atendiendo, precisamente, al argumento de la titularidad del capital⁵⁰, entrando abiertamente en contradicción con supuestos idénticos⁵¹.

III. ¿«TACTICISMO» PROCESAL?

Una de las circunstancias curiosas que se producen alrededor de estas situaciones de conflicto de competencia y que no me resisto a comentar es la actitud de la Administración demandada. Es admisible que la postura de los Servicios Jurídicos del Estado sea proclive a sostener la competencia de los Tribunales del orden contencioso-administrativo; lo que no parece de recibo es que un cuerpo único (aunque pueda actuar a través de distintos funcionarios) pueda sostener una cosa y la contraria, sin el más mínimo rubor. Solo el «tacticismo procesal» dirigido a dilatar la resolución del asunto puede justificar tal comportamiento.

⁴⁷ Demanda contra Fomento y desarrollo municipal, S.A., participada en un 100% por el Ayuntamiento de Arganda del Rey (ATS, Sala de Conflictos 26/2014 de 4 diciembre, ponente: Sebastián Sastre Papiol, ECLI:ES:TS:2014:8321A); demanda contra GRESPUL, S.A., sociedad unipersonal cuyo único socio era el Ayuntamiento de Puzol (ATS, Sala de Conflictos 34/2014 de 5 de diciembre, ponente: Pilar Teso Gamella, ECLI:ES:TS:2014:8315A).

⁴⁸ Demanda contra Entidad Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón, S.A. (EMGIASA) ATS, Sala de Conflictos, 67/2009 de 19 junio, ponente: Jesús Corbal Fernández, ECLI:ES:TS:2009:9688ª.

⁴⁹ Demanda contra Ayuntamiento, una vez disuelta la sociedad municipal de gestión Viviendas Municipales de Vitoria, S.A. (ATS, Sala de Conflictos, 75/2004 de 20 diciembre, ponente: Jesús Corbal Fernández, ECLI:ES:TS:2004:14362A).

⁵⁰ Demanda contra la sociedad GALASA (Gestión de Aguas del Levante Almeriense) por daños ocasionados por rotura de una tubería de conducción de aguas (ATS, Sala de Conflictos 102/2007 de 20 de noviembre, ponente: Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2007:15520A) y por unas filtraciones (ATS, Sala de Conflictos 36/2008 de 18 de diciembre, ponente: Encarnación Roca Trías, ES:TS:2008:13919A).

⁵¹ En los AATS, Sala de Conflictos, 14/2005 de 24 junio (ponente: Margarita Robles Fernández, ECLI:ES:TS:2005:8191A) y 100/2007 de 19 noviembre (vid. Nota 44) la entidad demandada era la misma: Aqualia, Servicio Municipal de Aguas, S.L., y los hechos similares (daños por fuga de agua y daños por el mal estado de una arqueta) pero la competencia se atribuyó al orden contencioso administrativo en el primer caso y al civil en el segundo.

En demanda dirigida contra la Entidad Pública empresarial del suelo (SEPES), por el Grupo Inmobiliario Ferrocarril S.A. contra un acuerdo de resolución de la adjudicación de una parcela residencial, la Abogacía del Estado coincidió con la inhibición tanto del Juzgado Central Contencioso Administrativo n.º 9 (primero), como del Juzgado de Primera Instancia n.º 56 de Madrid (después). ¿Es posible que las normas que delimitan la atribución a los distintos órdenes jurisdiccionales sea susceptible de tan dispares interpretaciones? Así ha sido, no solo para la Abogacía del Estado, sino también para el Ministerio Fiscal⁵².

IV. LA ACCIÓN DIRECTA EXCLUSIVAMENTE CONTRA LA ASEGURADORA

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el perjudicado tiene distintas posibilidades de actuación. Si dirige su reclamación frente a la Administración (ya sea sola o conjuntamente con la aseguradora o con otros sujetos que pudieran concurrir en la producción del daño) es imprescindible la reclamación en vía administrativa (artículos 32 y ss. LRJSP), con el posterior control ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Pero también tiene la posibilidad de dirigir la reclamación exclusivamente contra la entidad aseguradora de la Administración, ejercitando la acción directa regulada en el artículo 76 LCS; para ello, no necesita la previa declaración de responsabilidad de la aseguradora, ya que, como ha sostenido el TS, tal exigencia supondría *“vaciar de contenido el derecho reconocido a los perjudicados por el artículo 76 de la Ley de 1980 para actuar única y exclusivamente contra el asegurador”*⁵³.

Tras los vaivenes legislativos y las incertidumbres surgidas, se ha ido consolidando una interpretación bastante uniforme en relación al ejercicio de la acción

⁵² ATS, Sala de Conflictos 19/2018 de 17 diciembre, ponente: M.ª Angeles Parra Lucán, ECLI:ES:TS:2018:13913A.

⁵³ AATS, Sala de Conflictos, 3/2010, 4/2010 y 5/2010 de 22 de marzo, ponente: Joaquín Huelín Martínez de Velasco, ECLI:ES:TS:2010:3591A, ECLI:ES:TS:2010:3607A y ECLI:ES:TS:2010:3606A y ATS, Sala de Conflictos, 21/2010 de 18 de octubre, ponente: Joaquín Huelín Martínez de Velasco, ECLI:ES:TS:2010:14274A.

directa frente a la aseguradora, tanto por la doctrina⁵⁴, como por el TS⁵⁵, que puede resumirse en los siguientes puntos: (a) la competencia corresponde a la jurisdicción civil, (b) el objeto se circunscribe a la determinación de la obligación de la aseguradora, asumida en la póliza, (c) la eventual intervención de la Administración no demandada no desvirtúa la naturaleza privada del objeto del proceso, (d) no cabe condena a la Administración, pero su responsabilidad debe ser examinada como requisito previo para determinar la responsabilidad de la aseguradora, (e) el examen de responsabilidad de la Administración se realiza de manera prejudicial, a los solos efectos del proceso en cuestión, pero bajo los parámetros de la específica regulación administrativa de la misma. Así pues, *“el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en ningún modo extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil prevé tal escenario con*

⁵⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Responsabilidad patrimonial de la Administración (A propósito de las últimas reformas del art. 9.4 LOPJ)”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, II-2004, p. 94. BUSTO LAGO, J.M., “Ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora de la Administración Pública (Penúltimas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)”, *Aranzadi Civil*, año 2005, nº 2, pp. 2125-2166. JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N. “Orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial en caso de seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 23, año 2009, pp. 67-81.

⁵⁵ *“Se reitera una vez más, que el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora), como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo. 76 de la Ley del Contrato de Seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto «en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar», interpretando el texto del artículo 9.4 de la LOPJ «en el sentido de que corresponde el conocimiento a los tribunales contencioso administrativos cuando el perjudicado opte por dirigirse al propio tiempo contra la Administración y la entidad aseguradora, pero no cuando decida actuar exclusivamente contra esta última”* (ATS, Sala de Conflictos 4/2013 de 12 marzo, ponente: José Antonio Seijas Quintana, ECLI:ES:TS:2013:2888A). Con anterioridad, AATS, Sala de Conflictos, 53/2004 de 28 de junio, ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández, ECLI:ES:TS:2004:8400A; 60/2004 de 18 de octubre, ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández, ECLI:ES:TS:2004:11724A.

*toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate*⁵⁶.

Esta coincidencia, más o menos extendida, sobre los principios enumerados, solo describe la situación, sin valorar si se trata de la solución más adecuada; en otras palabras, que las cosas se estén haciendo así no quiere decir que ello sea lo correcto. No cabe duda que la solución favorece al perjudicado, que se libra del procedimiento administrativo; pero también es indudable que las diferencias existentes en la configuración jurisprudencial de la responsabilidad entre los Tribunales civiles y los contencioso administrativos, es fuente de inseguridad jurídica⁵⁷, por más que aquellos deban aplicar los criterios de éstos para su resolución y ésta limite sus eficacia a los solos efectos prejudiciales.

Pero es que, además, la polémica se mantiene respecto a otras cuestiones, en especial, en relación a la eficacia en el orden civil del procedimiento administrativo en que existe pronunciamiento sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. En este sentido, la diversidad de criterios es manifiesta a la vista de la SAP Barcelona, sec. 14^a, 103/2017 de 16 de febrero (ponente: Montserrat Sal Sal, ECLI:ES:APB:2017:663)⁵⁸ y la SAP Madrid, sec. 12^a, 271/2016 de 27 de junio (ponente: Ana María Olalla Camarero, ECLI:ES:APM:2016:18036)⁵⁹. En ambos supuestos se plantea la vinculación en el proceso civil seguido contra la aseguradora de la resolución administrativa firme.

La AP de Barcelona excluye que se trate de una cuestión relacionada con el instituto de la cosa juzgada, sino que la centra en el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos (aunque ambas instituciones hallen su fundamento en el principio de seguridad jurídica). Considera que si bien *“a estas alturas no cabe duda*

⁵⁶ Vid. Nota 50.

⁵⁷ JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N., “Orden jurisdiccional competente...”, trab. cit., pp. 75-76.

⁵⁸ Tras una reclamación administrativa contra Catsalut, parcialmente estimada (dos indemnizaciones de 52.418,76 € y 4.368,23 €), que agotó la vía administrativa, se presentó demanda civil contra la aseguradora Zurich, cuestionándose la eficacia en el orden civil de la resolución administrativa que declaró la responsabilidad de Catsalut.

⁵⁹ El supuesto es sustancialmente idéntico. Tras una reclamación administrativa contra el Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid (SERMAS) que se resolvió fijando una indemnización de 334.684,66 €, se demandó a la misma aseguradora, Zurich, cuestionándose igualmente la vinculación del Tribunal civil a la responsabilidad ya declarada en vía administrativa.

de la autonomía procesal de la acción directa del art.76 de la LCS y que para ejercerla no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción, que constituye al tiempo su fundamento, es evitar esa reclamación previa y la sumisión a la autotutela decisoria y las dilaciones que tal actuación previa conlleva”, pero tal autonomía “no concede un derecho sustantivo autónomo o independiente nacido de la sola conjunción del hecho dañoso y su genérica cobertura por el seguro de responsabilidad civil”; como consecuencia de ello, “el Juzgado de Primera Instancia que conozca de aquella acción directa frente a la aseguradora deberá examinar con carácter prejudicial (art. 42 LEC) y a los solos efectos del proceso si la Administración incurrió o no en responsabilidad, sin que ello suponga reconocerle competencia para declarar la responsabilidad de la Administración Pública asegurada (informe del Consejo de Estado 331/1995 de 9 de mayo) para lo que debe seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente”. Llegados a este punto, en orden a si el Juez de Primera Instancia viene o no vinculado por la previa resolución administrativa, considera la AP Barcelona que “negarle cualquier efectividad a dicha resolución se nos antoja contrario a la legalidad, puesto que la acción directa contra la aseguradora en la vía civil no puede constituir una vía alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos. Y es que resulta contrario a los principios inherentes al ordenamiento jurídico que, en casos como el de autos, se acabe reconociendo en vía civil una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello y con arreglo al procedimiento legalmente previsto y consentida por el perjudicado”.

Por su parte, la AP de Madrid, enfoca la cuestión a partir del instituto de la cosa juzgada, negando sus efectos, considerando que *“pese a que los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de la administración, y la extracontractual del art. 1902 CC, aquí postulada, guardan semejanzas, también presentan diferencias en los principios en los que se basan, y por ello no se produce el efecto pretendido de cosa juzgada. Porque lo juzgado en vía contencioso-administrativa ni produce efecto prejudicial ni de cosa juzgada, en la vía civil que nos encontramos, en la que cabe examinar los mismos hechos con su valoración jurídica bajo el prisma civil, aunque atendiéndonos a los que en la primera se fijan como acontecidos, y sin perjuicio de valorar lo en ella actuado como prueba documental. Máxime cuando en el caso que nos ocupa, no existe sentencia dictada por un Tribunal administrativo del primer orden al que no se recurrió por la actora, sin que se le pueda imputar que ello constituye un acto propio consistente en acatar el*

resultado del expediente ante el órgano administrativo, pues optó por la presente jurisdicción como le permite el art. 24 de la CE en ejercicio de la citada acción del artículo 76 de la LCS y contra la aseguradora”.

La cordura ha venido de la mano del pleno de la Sala 1ª del TS⁶⁰ que ha revocado la SAP de Madrid, estableciendo la vinculación del Tribunal civil que conoce de la acción directa a la previa responsabilidad patrimonial declarada en vía administrativa⁶¹, de manera coincidente con la SAP de Barcelona. Como indica la Sentencia, *“la esencia de lo planteado en los motivos del recurso” es “la vinculación de la jurisdicción civil a lo resuelto por la administración en los expedientes de responsabilidad patrimonial”*. La primera advertencia del TS es el erróneo planteamiento que relaciona la posible vinculación con la institución de la cosa juzgada; coincide con la AP de Barcelona, si bien, a diferencia de ésta, tampoco cabe acudir al principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, sino que se trata de *“las peculiaridades del seguro de responsabilidad civil y de la acción directa y, muy especialmente, de la dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado”* (algo que se intuye en la SAP de Barcelona). Continúa la Sentencia con dos breves consideraciones, innecesarias en tanto no se cuestionaban en los recursos, acerca de la competencia del orden jurisdiccional civil⁶² y del carácter autónomo de la acción directa⁶³, detallando

⁶⁰ STS 1ª pleno, 321/2019 de 5 de junio (ponente: Eduardo Baena Ruiz, ECLI:ES:TS:2019:1840), que ya ha sido seguida por la STS 1ª, sec. 1ª, 579/2019 de 5 noviembre (ponente: Eduardo Baena Ruiz, ECLI: ECLI:ES:TS:2019:3427).

⁶¹ Un comentario a la sentencia puede consultarse en el blog *delajusticia.com*, del magistrado José R. Chaves, en la entrada del 24/06/2019: *“La Sala Civil del Supremo recorta la acción directa contra la aseguradora de la administración sanitaria”* (<https://delajusticia.com/2019/06/24/la-sala-civil-del-supremo-recorta-la-accion-directa-contra-la-aseguradora-de-la-administracion-sanitaria/>).

⁶² *“Simplemente cabe recordar que, por razón temporal, es de aplicación la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial. En aplicación de esta reforma cuando la acción se ejercite solo contra la entidad aseguradora, con fundamento en el artículo 76 LCS, la competencia para conocer de ella se atribuye a la jurisdicción civil (AATS, Sala de Conflictos, 18 de octubre de 2004, 28 de junio de 2004, 3/2010, 4/2010, 5/2010 de 22 de marzo; SSTs de 30 de mayo de 2007 y 11 de febrero de 2011). Es cierto que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del sector público, tiene una incidencia sobre la materia, pero al no ser de aplicación por razón temporal al supuesto litigioso, sería un exceso de la sala entrar en su interpretación”*.

⁶³ *“Al día de hoy es doctrina pacífica que la acción directa no es subsidiaria de la acción contra el responsable sino que goza de autonomía procesal y que para ejercitarla no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las*

los hitos relevantes de la doctrina jurisprudencial que resume en tres principios: *“autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado”*; éste último determina que la responsabilidad del asegurado (Administración) es requisito previo imprescindible de la responsabilidad del asegurador. La jurisdicción civil puede y debe *“pronunciarse prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la Administración cuando se ejercite solo la acción directa frente a la aseguradora, lo que expresamente viene contemplado en el art 42 LEC”*, si bien, con dos puntualizaciones: *“que el pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa de la misma, es decir, conforme a los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992 , así como que será a los solos efectos del proceso, sin que ello suponga reconocerle competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración Pública asegurada (informe del Consejo de Estado 331/1995 de 9 de mayo), para lo que debe seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente”*.

Reconoce el TS tres posibilidades: (a) *“Que el perjudicado ejercite contra la aseguradora de la Administración la acción directa que prevé el art. 76 LCS, obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad y consiguiente indemnización de esta”*; la competencia corresponde a la jurisdicción civil, la posible responsabilidad solo produce efectos en el proceso civil y debe verificarse conforme a parámetros administrativos. (b) *“Que el perjudicado acuda a la vía administrativa y contencioso-administrativa y que, una vez declarada la responsabilidad de la Administración y su condena, ejercite contra la aseguradora de esta la acción directa prevista en el art. 76 LCS”*; declarada la responsabilidad del asegurado (Administración), es vinculante para la jurisdicción civil, que se limitará a resolver sobre la cobertura por la que deba responder la aseguradora. (c) *“Que el perjudicado opte por seguir el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y, recaída resolución por la Administración, sea consentida por aquel al no impugnarla en la vía contencioso-administrativa”*, pero ejercite también, ya sea a la conclusión de la vía administrativa o en el curso de la tramitación del expediente, la acción directa del art. 76 LCS contra la aseguradora de la Administración.

ventajas de dicha acción, que a su vez constituye su fundamento, es evitar esa reclamación previa y la sumisión a la autotutela decisoria y las dilaciones que tal actuación previa conlleva”.

Siendo éste el supuesto planteado, entiende el TS que, asumida por la Administración su responsabilidad, solo cabría impugnar ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa el quantum indemnizatorio; la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado que ha sido fijada en el procedimiento administrativo cuya resolución ha devenido firme, en razón a lo cual, *“sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios”*, ya que con ello *“se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla”*.

La argumentación de la Sala 1ª me parece intachable; lo que no tengo claro es si se utilizaría en el hipotético supuesto en que la Administración no reconociera su responsabilidad en el expediente administrativo. En el supuesto de autos, la discusión se circunscribía al *quantum* indemnizatorio (aunque la diferencia fuera bastante significativa)⁶⁴; ¿sostendrá el mismo criterio el TS cuando la Administración no reconozca su responsabilidad y, por tanto, la controversia no se limite al quantum, sino que se extienda al requisito de la previa declaración de la existencia de responsabilidad exigido por la dependencia estructural de la acción directa respecto a la responsabilidad del asegurado?

⁶⁴ En la demanda se solicitó una indemnización de 1.289.567,62 €; en la instancia se fijó en 735.972 €, siendo confirmada en la apelación. Por el TS se mantuvo la reconocida en el expediente administrativo, 334.684,66 €, si bien aplicando los intereses desde la fecha del siniestro.

NOVEDADES NORMATIVAS EN EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Juan Francisco Rodríguez Ayuso
Profesor de la Universidad Internacional de La Rioja

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. III. DEBER DE INFORMACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el artículo 5.1.a) del Reglamento general de protección de datos (RGPD), los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado.

Para que el tratamiento de los datos personales cumpla el primero de estos requisitos, es decir, para que sea lícito, es preciso que se ampare en alguna de las bases jurídicas que establece el artículo 6.1 RGPD (consentimiento, ejecución de un contrato, obligación legal, intereses vitales, interés público o interés legítimo)¹.

Por su parte, para que el tratamiento sea leal, es necesario que respete todos los requisitos, derechos y garantías que, al respecto, establece la normativa en materia de protección de datos personales.

Finalmente, por lo que respecta al primero de los principios contenidos en el artículo 5 RGPD (es decir, el principio de licitud, lealtad y transparencia), para que

¹ Sobre esta cuestión, *vid.* GARCÍA GARNICA, M. C., La protección de los datos personales frente a su tratamiento “on line” por motores de búsqueda: el derecho al olvido digital, en VALLS PRIETO, J. (Coord.), Retos jurídicos por la sociedad digital, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2018, p. 110; DAVARA RODRÍGUEZ, A., “Reglamento Europeo sobre protección de datos”, en Actualidad administrativa, 2016, 7-8, 15-30.

el tratamiento sea transparente, es necesario que el responsable del tratamiento tome todas las medidas que sean necesarias para poder facilitar al interesado toda aquella información que sea necesaria en orden al tratamiento de sus datos personales, así como toda aquella información necesaria, de acuerdo a los artículos 15 a 22 RGPD, para que el interesado conozca los derechos que le corresponden; toda esta información tendrá que proporcionarse de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, a través de un lenguaje que sea claro y sencillo, en particular en relación con la información que se dirija de manera específica a un menor de edad. Además, esta información deberá facilitarse, bien por escrito, bien por otros medios, como electrónico, si bien, cuando lo solicite el interesado, la información podrá transmitirse de forma verbal, siempre que pueda llegar a demostrarse por el responsable del tratamiento la identidad del interesado por cualquier otro medio válido conforme a Derecho (considerando 58 y artículo 12.1, ambos del RGPD).

II. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Como ponen de manifiesto algunos autores², la novedad que conlleva y supone el principio de transparencia no reside en obligar al responsable del tratamiento a proporcionar al interesado toda la información acerca de los tratamientos realizados sobre sus datos personales y la comunicación en torno a los derechos que este puede ejercitar al respecto. Antes al contrario, el principio de transparencia hace referencia a la manera en que estas obligaciones tienen que ser cumplidas. Así es, el legislador europeo, consciente de la complejidad que entraña el entorno tecnológico, sostiene que la mera satisfacción por el responsable del tratamiento de dichos deberes no garantiza, de una manera efectiva, que el interesado pueda ser consciente de la lógica a que obedece el tratamiento realizado sobre sus datos personales, de manera que, de forma paulatina, este percibe que carece de un poder efectivo de disposición sobre tales datos personales, algo especialmente perjudicial debido a que amplios e importantes aspectos de su actuación tienen su reflejo en registros de terceros.

² ALDUDO, P., "Seguridad y protección de datos: el análisis de riesgo y la evaluación de impacto", en I+S: Revista de la sociedad española de informática y salud, núm. 128, 2018, p. 70.

Es por ello que la nueva normativa en materia de protección de datos personales persigue dar solución a esta situación, cada vez más perniciosa, estableciendo la información que se ha de suministrar al interesado, los derechos que le corresponden y, con especial énfasis, la forma en que esta información y estos derechos han de proporcionarse y habilitarse. Resultado de lo anterior, el éxito del novedoso principio de transparencia vendrá determinada por el logro en la consecución de dicho objetivo.

No obstante lo anterior, el carácter accesorio o complementario de este principio conlleva que, únicamente, adquiera eficacia si se habilitan, de modo adecuado, los derechos y garantías a los que pretende dar efectividad³. Es por ello que, si el deber de información o los derechos previstos devienen no adecuados para garantizar que el interesado tenga un dominio real sobre sus datos personales, el principio de transparencia, en la medida en que busca darles efectividad, tampoco será de utilidad para el logro de estos fines.

Comoquiera que sea, y como ya se ha dicho anteriormente, el principio de transparencia encuentra acomodo⁴, en primer lugar y de un modo introductorio, en el artículo 12.1 RGPD, que establece literalmente cuanto sigue:

El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño. La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios.

³ OROZ VALENCIA, L., “Aproximación a la obligación de la protección de datos desde el diseño y por defecto”, en Actualidad administrativa, núm. 1, 2018, pp. 7 y 8.

⁴ GARRÓS FONT, I., “El principio de transparencia y el derecho a la protección de datos personales: comentarios a propósito del Reglamento sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, en Actualidad administrativa, núm. 2, 2018, pp. 20 a 26.

En cambio, la Directiva europea 15/1999 ya derogada no establecía ni aludía a la forma en que el responsable del tratamiento tenía que proporcionar la información mencionada al interesado. Pese a ello, son varios los precedentes que podemos encontrar y que permiten aclarar el significado del precepto transcrito:

- En efecto, la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos (LOPD), que transponía la mencionada Directiva, sí que establecía un mandato al respecto, ya que su artículo 5, en sus apartados 1 y 4, exigía que los interesados fuesen informados de una manera expresa, precisa e inequívoca de la información relativa al tratamiento de sus datos personales y de los derechos que les correspondía ejercitar.
- Por su parte, el artículo 10 de la Propuesta conjunta para la redacción de estándares internacionales para la protección de la privacidad, en relación con el tratamiento de datos de carácter personal, acogida favorablemente por la 31ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad celebrada el 5 de noviembre de 2009 en Madrid, fijaba, como estándar internacional, que *cualquier información que se proporcione al interesado deberá facilitarse de forma inteligible, empleando para ello un lenguaje claro y sencillo, y ello en especial en aquellos tratamientos dirigidos específicamente a menores de edad, así como que cuando los datos de carácter personal sean recogidos en línea a través de redes de comunicaciones electrónicas, las obligaciones establecidas en el presente apartado podrán satisfacerse mediante la publicación de políticas de privacidad fácilmente accesibles e identificables, que incluyen todos los extremos anteriormente previstos.*
- Por último, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 aludía al modo en que se tiene que proporcionar al interesado información de aquellas circunstancias que rodean al tratamiento de sus datos personales. Y lo hizo a través de su Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento, en los siguientes términos: *el consentimiento debe ser informado. Los artículos 10 y 11 de la Directiva enumeran el tipo de información que necesariamente debe proporcionarse a las personas. En cualquier caso, la información provista debe ser suficiente para garantizar que las personas puedan tomar decisiones bien informadas sobre el procesamiento de sus*

datos personales. La necesidad de consentimiento para estar informado se traduce en dos requisitos adicionales. En primer lugar, la forma en que se proporciona la información debe garantizar el uso de un lenguaje apropiado para que los interesados entiendan qué están consintiendo y con qué fines. Esto es contextual. El uso de jerga legal o técnica demasiado complicada no cumpliría con los requisitos de la ley. En segundo lugar, la información proporcionada a los usuarios debe ser clara y suficientemente visible para que los usuarios no puedan pasarla por alto. La información debe ser proporcionada directamente a las personas. No es suficiente que esté simplemente disponible en algún lado.

Pese a ello, el artículo 12 RGPD no establece el modo específico en que el responsable del tratamiento tiene que proporcionar la información al interesado, ya que sólo establece que será facilitada necesariamente por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios de naturaleza electrónica, debiendo tomar las medidas necesarias para la consecución del objetivo de información aludido.

El mencionado planteamiento, merced al que se atribuye al responsable del tratamiento el medio a través del cual dar cumplimiento a estas obligaciones de información, es coherente con el principio general de responsabilidad proactiva, que obliga al responsable del tratamiento a tomar las medidas que sean necesarias para el cumplimiento de todo cuanto establece la nueva normativa en materia de protección de datos, sin exigir la forma concreta a través de la cual deberá proceder a dicho cumplimiento. En concreto, el artículo 24.1 RGPD, sobre la base del artículo 5.2 del mismo Reglamento, sostiene que el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento.

Es precisamente el principio de libertad de forma a que ahora aludimos el que, con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 15 de julio del año 2010, determinó que se anulase el artículo 18 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, RDLOPD), que regulaba la acreditación del cumplimiento del deber de información. En concreto, decía la sentencia lo siguiente:

La ley reconoce en el artículo 5 el derecho a la información en la recogida de datos, concreta el contenido de la información, y advierte de que el deber de informar ha de ser previo a la recogida, pero salvo la indicación de que la información ha de ser expresa, precisa e inequívoca, ninguna referencia abarca a la forma, abriendo así múltiples posibilidades (escrita, verbal, telemática, etc.). [...] En consecuencia, debe considerarse que el legislador ha optado por la libertad de forma. Pues bien, siendo ello así, cabe concluir que la disposición reglamentaria que examinamos contraviene la ley.

Pese a esta libertad, el RGPD limita la libertad de forma en cuanto a la información que se ha de suministrar al interesado, ya que, en el precitado artículo 24, establece que el responsable del tratamiento, amén de procurar que el tratamiento sea adecuado y conforme con el RGPD, ha de poder demostrar su cumplimiento. En consecuencia, en contraposición al artículo 5, la información que el responsable deberá suministrar al interesado habrá de realizarse por un medio que haga posible corroborar su posterior cumplimiento, que era una de las exigencias que establecía el derogado artículo 18 RDLOPD. Es por ello que el responsable del tratamiento tendrá que asumir este giro propiciado por la nueva normativa comunitaria, de aplicación directa en todos los Estados miembros.

Por lo demás, con independencia de la forma en la que el responsable del tratamiento lleve a cabo el cumplimiento de la obligación de información al interesado, esta información, como bien advierte el Grupo de Trabajo del Artículo 29, deberá suministrarse de forma directa a las personas, de modo que no basta con ponerla a disposición en algún lugar.

En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos (como sucede con su informe 0304/2005, titulado *Análisis de diferentes cuestiones relativas a la historia clínica*, así como con el informe 0029/2011), ha venido considerando suficiente, para cumplir con este deber de información, colocar un cartel anunciador, siempre y cuando el mismo se encuentre en un lugar claramente visible para el interesado, de modo que este siempre podrá tener conocimiento adecuado de toda aquella información que, legalmente, le corresponde conocer. En definitiva, para que este cartel anunciador cumpla las exigencias de información establecidas por el principio de licitud, lealtad y transparencia, es preciso que reúna los requisitos mínimos que vienen determinados por el Reglamento general de protección de datos, y, además, se encuentre en un lugar suficientemente

visible y de un modo adecuadamente legible, de forma tal que asegure que el interesado ha podido conocer perfectamente la información que le corresponde.

Aparentemente similar, aunque del todo diferente, sería el supuesto de tratamientos que, por su naturaleza, no hacen posible el establecimiento de una relación inmediata y personalizada con los interesados cuyos datos personales son objeto de tratamiento⁵. En este supuesto se encontraría la grabación de imágenes con fines de videovigilancia, en las que las cámaras graban o reproducen imágenes de una o varias personas que, a priori, son indeterminadas y cuya identidad es desconocida por parte del responsable del tratamiento. Habida cuenta de que el propósito perseguido con la grabación o reproducción de imágenes es la seguridad de las personas, los bienes y las cosas, es ciertamente incompatible el cumplimiento de esta obligación de información con el suministro inmediato y personalizado al interesado de aquella información legalmente impuesta. Es por ello que, en estos supuestos, parece admisible, y así lo ha puesto de manifiesto la Agencia Española de Protección de Datos, la colocación de un anuncio o cartel informativo en el que se ponga de manifiesto que se van a recoger datos personales en un lugar donde el interesado pueda acceder fácilmente, haciendo posible, en un momento posterior, que el interesado pueda conocer el resto de circunstancias que rodean al tratamiento de sus datos personales, ya que, paralelamente, se impone en estos casos al responsable del tratamiento la obligación de poner a disposición del interesado el resto de información complementaria (artículo 22.4 de la nueva LOPDGDD). En cualquier caso, parece lógico que esta flexibilidad en el deber de información, que viene impuesta por determinadas circunstancias especiales, venga acompañada de un paralelo endurecimiento de determinadas obligaciones relacionadas con el tratamiento, como la reducción del plazo de conservación de los datos o la imposibilidad, en principio, de realizar un tratamiento de los datos personales con fines distintos a los propios de control de seguridad de las personas, los bienes y las cosas.

En este punto, ha suscitado numerosas críticas la Sentencia del Tribunal Constitucional número 39/2016, de fecha 3 de marzo, que viene a posibilitar la materialización del deber de información de acuerdo al anuncio contemplado en la instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos, que permite

⁵ DÍAZ GARCÍA, J., "Seguridad y protección de datos: el análisis de riesgo y la evaluación de impacto", en I+S: Revista de la sociedad española de informática y salud, núm. 128, 2018, p. 32.

el uso de las imágenes obtenidas para fines diferentes de los de vigilancia, como son los propios de control laboral, haciendo lícito, en consecuencia, el despido de un empleado gracias al análisis de las imágenes obtenidas. Sin embargo, el contenido de la sentencia hace referencia a la comisión de un hecho ilícito por parte del trabajador, de modo que, siguiendo el razonamiento expuesto en la decisión en que se traduce esta sentencia, la misma no debería ser aplicable en aquellos casos en que las imágenes obtenidas tan solo pusieron de manifiesto el incumplimiento de la relación laboral por parte del empleado, (tales como ausencias injustificadas, retrasos, etc.), siendo, en principio, exclusivamente aplicable, repetimos, a aquellos casos de comisión de un ilícito por el empleado y únicamente para la persecución de ese ilícito, que sí es acorde con la finalidad de seguridad de las personas, de los bienes y de las cosas.

En este sentido, al amparo del artículo 89 de la nueva LOPDGDD, surge el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

Más allá de lo anterior, especialmente exigible será el contenido impuesto por el principio de transparencia cuando el tratamiento afecte de un modo específico a menores de edad. En estos casos, la norma exige tener en cuenta las circunstancias especiales en que se encuentra el niño, caracterizadas, en esencia, por una más que patente ausencia de comprensión en todo lo que respecta al contenido de los tratamientos, dada la escasa conciencia de las consecuencias que pueden conllevar determinados comportamientos o, incluso, la ausencia de conciencia de los resultados que pueden conllevar determinadas acciones. En estos supuestos, la exigencia de transparencia exige, más que proporcionar información más detallada, lograr un objetivo de educación y tutela. En cualquier caso, parece adecuado entender por niño, en los términos de la normativa en materia de protección de datos y demás normativa conexas, cualquier persona que sea menor de 16 años (según la previsión inicial del RGPD –artículo 8–), si bien la nueva LOPDGDD, reduce esta edad mínima a los 14 años (artículo 7).

Amén de todo lo anterior, parece adecuado detenerse también en un punto no menos importante. Hablamos de circunstancias que, pese a ser, en cierto modo, accesorias, no son desdeñables de cara a la consecución del principio de transparencia analizado. En efecto, dada la complejidad y extensión con que se desenvuelve el entorno virtual actual, la información que el responsable del

tratamiento debe proporcionar al interesado, a menudo, pasa inadvertida para este⁶. Es por ese motivo que la normativa comunitaria persigue la elaboración de iconos que, como representaciones gráficas que son, aseguren una mejor y más fácil comprensión de la información.

No obstante, como pone de manifiesto el Grupo de Trabajo del Artículo 29, la representación de la información por medio de iconos no es suficiente para entender satisfecho el deber de información que recae sobre el responsable del tratamiento, facilitando, tan sólo, la comprensión de esta información o, incluso, a los efectos de recordar aquello que implica un determinado tratamiento. Es esta postura la que ha motivado que el apartado siete del artículo 12 del Reglamento general de protección de datos prevea, literalmente, que la información que deberá facilitarse a los interesados en virtud de los artículos 13 y 14 podrá transmitirse en combinación con iconos normalizados que permitan proporcionar de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto. Los iconos que se presenten en formato electrónico serán legibles mecánicamente. Así las cosas, parece evidente que esta función atribuida a los iconos será tanto más sencilla cuanto más simple sea la representación de los mismos, siendo, de este modo, globalmente identificables como tales, de ahí la normalización a que aquí hace referencia el artículo 12.7 RGPD, remitiendo el apartado siguiente al desarrollo de actos delegados por parte de la Comisión, que deberán ser adoptados con el acuerdo específico o implícito del Consejo y el Parlamento Europeo (artículo 92.5 RGPD).

Por último, como medio de acreditación del cumplimiento del deber de información en que se traduce el principio de transparencia, la nueva normativa en materia de protección de datos personales fomenta la elaboración y adhesión a mecanismos de certificación, a través de los cuales el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento pueden poder acreditar la satisfacción de las obligaciones que les vienen atribuidas. Gracias a estos mecanismos, el responsable del tratamiento podría, en el contexto aludido, poder demostrar, a través de un sello o marca de protección de datos personales, el cumplimiento de las obligaciones de información y comunicación contempladas en los artículos 12 al 14 del Reglamento general de protección de datos y 11 de la LOPDGDD, así

⁶ HERAS CARRASCO, R., "RGPD: Evaluaciones de impacto", en I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud, 2018, 127, pp. 25 y 26.

como demostrar que dicho cumplimiento se realiza de acuerdo con las exigencias establecidas por el principio de transparencia.

En cualquier caso, la adhesión a mecanismos de certificación no conlleva, en ningún caso, limitación alguna de la responsabilidad que corresponde al responsable del tratamiento, sino que coopera y facilita el cumplimiento de sus obligaciones y favorece que el interesado pueda, fácilmente, conocer el nivel de protección que, en materia de datos personales, proporcionan los distintos productos y servicios suministrados por dicho responsable del tratamiento. En este sentido, el considerando 100 del RGPD viene a afirmar que, gracias a tales mecanismos de certificación y sellos y marcas de protección de datos, se incrementa el nivel de transparencia y cumplimiento de la normativa, al permitir al interesado poder evaluar de un modo más rápido el nivel de protección de los datos personales de los servicios y productos correspondientes.

III. DEBER DE INFORMACIÓN

El interesado cuenta con un creciente poder de disposición sobre sus propios datos personales, pudiendo decidir sobre su uso y destino. Así lo confirma la Sentencia del Tribunal Constitucional número 292/2000, de 30 de noviembre, cuyo Fundamento Jurídico sexto señala el fin perseguido por el derecho fundamental a la protección de datos, cuál es permitir al interesado, es decir, a la persona propietaria de los datos personales, controlar el uso y destino que se da a los mismos, con el fin de evitar su tráfico de manera ilícita y lesiva para la dignidad del interesado. Es por ello que el poder de disposición del interesado carecerá de valor si este no cuenta con información suficiente acerca de qué datos personales que le pertenecen son transmitidos a terceros, qué terceros los tratan y con qué finalidad⁷.

Por todo ello, parece imprescindible que el interesado pueda contar con la capacidad necesaria para consentir o no un determinado tratamiento realizado sobre sus datos personales, siendo necesario, en consecuencia, que sea

⁷ SIERRA BENÍTEZ, E. M., "El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico", en *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, 1, pp. 236 a 239.

informado preventivamente de todas aquellas circunstancias que rodean cada tratamiento previsto. De este modo, el deber de información previsto en los artículos 13 y 14 RGPD, así como en el artículo 11 de la nueva Ley Orgánica 3/2018 (LOPDGDD), se encuentran en la esencia misma del derecho a la protección de los datos personales y, dentro de este, del principio de licitud, lealtad y transparencia propugnado por el artículo 5 RGPD, con independencia de que, atendiendo a otros bienes, en su caso, prevalentes, este deber de información pueda experimentar excepciones o limitaciones (Sentencia del Tribunal Constitucional número 29/2013, de 11 de febrero, Fundamentos Jurídicos 7 y 8).

El RGPD contempla el deber de información en los artículos 13 y 14, ambos dimanantes del mandato previo previsto en el artículo 12, mientras que la LOPDGDD complementa estos preceptos en su artículo 11. Como veremos, estos preceptos difieren en cuanto al momento en que se ha de cumplir con este deber de información, ya que, en el artículo 13 RGPD (que regula la información que se ha de proporcionar al interesado cuando sus datos personales se obtienen directamente de él), el momento en el que se le tendrá que proporcionar la información es aquel previo a la obtención de los datos personales, mientras que, en el segundo caso (que regula la información que se ha de proporcionar al interesado cuando sus datos personales no se obtienen directamente de él), el momento en que se deberán comunicar las circunstancias que rodean el tratamiento de los datos personales será posterior (con un plazo máximo de un mes) y, como veremos, dependerá del supuesto concreto de que se trate. De igual modo, también habrá diferencias en cuanto a la información misma que se ha de proporcionar, siendo más amplias, como es lógico, en el segundo de los supuestos, ya que, en este caso, el interesado experimenta una transmisión en sus datos personales sin su conocimiento previo. Por último, el artículo 11 LOPDGDD alude al primero de estos supuestos (es decir, el previsto por el artículo 13 RGPD) en sus dos primeros apartados, mientras que dedica el tercero y último al segundo (es decir, al previsto por el artículo 14 RGPD).

Bibliografía

- ALDUDO, P., "Seguridad y protección de datos: el análisis de riesgo y la evaluación de impacto", en I+S: Revista de la sociedad española de informática y salud, núm. 128, 2018, p. 70.
- DAVARA RODRÍGUEZ, A., "Reglamento Europeo sobre protección de datos", en Actualidad administrativa, 2016, 7-8, 15-30.
- DÍAZ GARCÍA, J., "Seguridad y protección de datos: el análisis de riesgo y la evaluación de impacto", en I+S: Revista de la sociedad española de informática y salud, núm. 128, 2018, p. 32.
- GARCÍA GARNICA, M. C., La protección de los datos personales frente a su tratamiento "on line" por motores de búsqueda: el derecho al olvido digital, en VALLS PRIETO, J. (Coord.), Retos jurídicos por la sociedad digital, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2018, pp. 107 a 135.
- GARRÓS FONT, I., "El principio de transparencia y el derecho a la protección de datos personales: comentarios a propósito del Reglamento sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos", en Actualidad administrativa, núm. 2, 2018, pp. 17 a 42.
- HERAS CARRASCO, R., "RGPD: Evaluaciones de impacto", en I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud, 2018, 127, pp. 24 a 27.
- OROZ VALENCIA, L., "Aproximación a la obligación de la protección de datos desde el diseño y por defecto", en Actualidad administrativa, núm. 1, 2018, pp. 1 a 15.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M., "El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico", en Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo, 1, pp. 236 a 260.

ESPACIOS DE CONSENSO VS. ESPACIOS DE CONFLICTO EN EL ENJUICIAMIENTO PENAL DE LA CORRUPCIÓN¹

Nicolás Rodríguez García
Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Salamanca)

Sumario: I. CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL. 1. Efectos de la corrupción. 2. Concepto jurídico indeterminado. 3. Simbolismo de las reformas. 4. Atención prioritaria con la "gran corrupción". II. CORRUPCIÓN Y DERECHO PROCESAL. 1. Caracterización jurídico-procesal de la corrupción. 2. Necesidad de reformular el enfoque procesal "clásico". 3. Búsqueda desesperada de responsabilidades penales. 4. Bases para una persecución eficaz de la corrupción y el fraude. 5. Problemas de prueba: ¿hacia una privatización del Derecho Procesal penal? 6. Ministerio Fiscal dominador del escenario procesal en casos relevantes y complejos. III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, NEGOCIACIÓN Y CORRUPCIÓN. 1. Fines del proceso penal. 2. Lectura constitucional del proceso penal y justicia penal negociada. 3. Manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal. 4. Justificación pragmática. 5. Elementos básicos de la negociación penal. 6. Argumentos a favor del principio de oportunidad y de la negociación. 7. Argumentos en contra. IV. REFLEXIÓN FINAL.

I. CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL

1. Efectos de la corrupción

La corrupción, es sabido, tiene efectos que van más allá de la lesividad exigida en las figuras típicas. En este sentido, la corrupción, como fenómeno generalizado,

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco de los Proyectos PID2019-107743RB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación) y RED2018-102533-T (Ministerio de Economía y Competitividad). ORCID ID: 0000-0003-0045-796X y Researcher ID: A-8577-2017.

provoca efectos económicos, sociales, políticos, institucionales y jurídicos graves, desencadenando una suerte de *lesividad ampliada*. La consecuencia general de la misma es la de comprometer el desarrollo de los países y la plena vigencia en ellos de los derechos humanos², provocando graves desigualdades entre las personas y un doble castigo de los más desfavorecidos y necesitados. Por tanto, la corrupción deviene en un *delito de la globalización* con relación al cual se combinan, asimétricamente, las decisiones mundializadas con las actuaciones locales³.

Justamente en estos efectos se pertrechan aquellos que defienden que en los más grandes y graves casos de corrupción, y más si tiene dimensión transfronteriza, debería caber en el ámbito aplicativo del principio de justicia universal⁴, para, en última instancia, combatir la impunidad de este tipo de hechos criminales por una actuación proactiva en la comunidad internacional⁵.

2. Concepto jurídico indeterminado

El término “corrupción”, aunque de uso extendido, no está jurídico-penalmente determinado. No se encuentra definido de manera clara, cerrada y uniforme en los convenios y acuerdos internacionales, ni ocupa una sección o capítulo específico en el Código Penal nacional.

En general, se agrupan bajo ese término formas de abuso del mandato, en la relación entre principal y agente, caracterizadas por el ánimo de enriquecimiento personal o grupal y por la relevancia de las consecuencias patrimoniales

² TABLANTE, Carlos y Mariela MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, México, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018; NASH, Claudio, “Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidimensional”, Chile, *Estudios de Derecho*, vol. 75, núm. 166, pp. 138 y ss.; GOMES, Ana Cristina y Fernando ANDRADE FERNANDES, “A corrupção como violadora de direitos humanos: como a corrupção pode macular direitos sociais e desvirtuar políticas públicas”, *Cadernos Prolam/USP*, vol. 16, núm. 31, pp. 119 y ss.

³ BAUMAN, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, Argentina, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 135 y ss.

⁴ STC 140/2018, de 20 de diciembre (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 22, de 25 de enero de 2019).

⁵ Este fin se *mata*, por ejemplo, cuando leemos el art. 23.4.n) LOPJ, en particular cuando en la cuarta exigencia que debe concurrir se señala que “el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

del delito. En lo particular, suelen definirse conductas por su afectación al normal funcionamiento de la Administración Pública y por la participación de un funcionario público, concepto, este último, en permanente expansión. Menos consenso tiene el empleo del término fuera del campo público, bajo la forma de “corrupción privada”, esto es, de abuso del mandato entre particulares, llevado incluso al extremo popular y mediático del ámbito deportivo⁶.

Esta indefinición jurídica tiene efectos relevantes en el plano práctico, como es en el caso de las dificultades en la asignación de competencia objetiva a fiscalías especiales y a órganos jurisdiccionales –que eviten la dispersión y el tratamiento caso a caso del fenómeno– y los problemas suscitados por la defensa a ultranza del *nacionalismo penal*⁷ y la consecuente falta de unificación normativa de cara a la cooperación jurídica internacional, ni tan siquiera en espacios geográficos integrados como la Unión Europea y en una materia reducida como puede ser el fraude y la corrupción⁸.

3. Simbolismo de las reformas

Es usual, frente a la gravedad del problema, que el Derecho Penal ensaye estrategias de maximización de la respuesta represiva bajo la forma de “tolerancia cero” frente a la corrupción. Una expresión *ilusionante*, pero de imposible concreción con resultados a corto y medio plazo, que pasa por una creciente tipificación de conductas asociadas con el fenómeno, con penas cada vez más elevadas. Esta posibilidad de ampliar el ámbito de lo punible se encuentra directamente relacionada con la definición del fenómeno, como concepto flexible, en evolución y con particularidades según países y regiones del globo.

Esa amplificación *simbólica* de la respuesta penal, en particular penas altas frente a manifestaciones tempranas de las conductas –de peligro presunto–, lleva

⁶ SÁNCHEZ BERNAL, Javier, *El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La unificación de la Justicia Penal en Europa”, *Revista Penal*, España, núm. 3, 1999, p. 52.

⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto ‘corpus iuris’)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, España, núm. 6, 2000, pp. 139 y ss.

a un grave problema en la faz práctica: la inaplicación de esa clase de tipos penales, tal y como se encargan con crudeza de recordar en sus informes los equipos de evaluadores internacionales de organismos internacionales dedicados a esta materia; v. gr., el Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) o el Grupo de Trabajo sobre el Soborno de la OCDE. Una situación de fracaso forense, del que España no es ajena⁹, que lleva a reclamar la transición de unos gobiernos *reactivos* a unos gobiernos *proactivos*¹⁰.

4. Atención prioritaria con la “gran corrupción”

Los Tratados y Convenios supranacionales e internacionales prestan especial al fenómeno de la “gran corrupción”, esto es, a los hechos con mayor potencial lesivo dentro de ese grupo de conductas: las fiscalías anticorrupción, de hecho, intervienen en aquellos casos reputados de “especial trascendencia” o de “alto impacto”.

Existen otros rasgos que permiten caracterizar esta porción relevante de fenómenos criminales. En primer lugar, la dimensión transnacional de las conductas: ejemplo de ello es el delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros (OCDE). Otra característica es su relación fenoménica con otros delitos; bajo esta óptica, los actores que realizan actos de corrupción pueden organizarse y actuar como una “empresa delictiva”, una forma específica de crimen organizado dotada de ciertos rasgos reconocidos por la comunidad internacional: pluralidad de personas, permanencia en el tiempo, estructura y organización jerárquica. Inclusive, otro delito se encuentra asociado a la productividad económica de la corrupción, esto es, a la necesidad de *blanquear* el capital originado en una conducta delictiva, delito autónomo que busca punir la circulación y reincorporación del capital en la economía legal. Frente a ellos, y por las sinergias que generan¹¹,

⁹ OCDE, Spain: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations, Francia, París, OCDE, 2015.

¹⁰ OCDE, La integridad pública en América Latina y el Caribe (2018-2019), OCDE, París, 2019.

¹¹ JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas en un Derecho Internacional global, España, Granada, Comares, 2015; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Estrategia penal contra las ganancias de la corrupción: blan-

se hacen necesarias reacciones jurídico-penales pero también el diseño de un marco ético que marque el actuar de los gobernantes, los actores económicos y la ciudadanía¹², de forma tal que aunque las prioridades de policías, fiscales y jueces se concentren en los casos más *mediáticos* y con mayores efectos, con cuyas resoluciones condenatorias se procura *ejemplificar* y alimentar la prevención general –amén de la especial–, no se puede olvidar que una inacción general con la pequeña y mediana corrupción termina convirtiendo a ésta en *sistémica* y *estructural*.

II. CORRUPCIÓN Y DERECHO PROCESAL

1. Caracterización jurídico-procesal de la corrupción

Por la particular forma en que se encuentran redactadas las conductas típicas y su lesividad, la corrupción es, técnica y dialécticamente hablando, un delito “sin víctima”¹³, a consecuencia de su difícil –o imposible– identificación. Esta característica tiene un impacto relevante en el plano procesal, pues el carácter difundido del bien jurídico, y su eventual relación con las formas orgánicas del Estado, lleva a preguntarse por quién es el actor que debe representar esos intereses en el proceso penal¹⁴ y hasta dónde puede *disponer* de los mismos en aras de su rápida y eficaz reparación.

queo de capitales, delito fiscal y enriquecimiento ilícito”, JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco y Julia ROPE-RO CARRASCO (dirs.), *Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el Derecho Internacional y los sistemas nacionales*, España, Cizur Menor, Thomsom Reuters Aranzadi, 2017, pp. 27 y ss.

¹² NIETO DE ALBA, Ubaldo, “Ética y control ante la corrupción y el blanqueo de capitales”, *Revista Española de Control Interno*, España, vol. 8, núm. 23, 2006, pp. 13 y ss.

¹³ LAMO DE ESPINOSA, Emilio, *Delitos sin víctima: orden social y ambivalencia moral*, España, Madrid, Alianza, 1989; LASCOURMES, Pierre, *Corrupciones. El poder frente a la ética*, España, Barcelona, Bellaterra, 2000.

¹⁴ Inclusive, cuando se plantea la mediación como vía para solucionar el conflicto penal. *Vid.* GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”, MUÑOZ CONDE, Francisco, LORENZO SALGADO, José Manuel, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio y Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ (dirs.), *Un Derecho Penal comprometido: Libro Homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 109 y ss.

Otro aspecto relevante es que la complejidad del fenómeno implica similar dificultad en su investigación y enjuiciamiento. En efecto, los casos de corrupción suelen contar con la intervención de grupos u organizaciones criminales, que planifican o cometen numerosos hechos, con altos rendimientos económicos. Ello implica que el proceso pueda contar con una pluralidad de personas investigadas –no siempre con estrategias defensivas concurrentes–, la mediación de personas jurídicas –públicas o privadas–¹⁵, la realización de pericias complejas –que requieren de especialización y tiempo–, la realización de actividades procesales en el extranjero –sumamente relevantes para la investigación, el juicio y la ejecución– y una reconstrucción patrimonial minuciosa, tanto por su aporte a la imputación como en la recuperación del producto del delito –en la que juegan un papel fundamental las medidas cautelares reales y el decomiso–.

El grado de complejidad de las actuaciones requeridas indica que la investigación –y el juzgamiento– de estas conductas no conlleven los mismos tiempos que en el caso de los hurtos, amenazas, lesiones u otros delitos simples¹⁶. Es por ello que muchas legislaciones han recurrido a distintas estrategias, tendentes a mantener viva la acción penal pese al paso del tiempo: extensión de plazos procesales, suspensión de la prescripción o incluso la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Esta vía excepcional amenaza, en casos extremos, la plena vigencia del principio de seguridad jurídica.

2. Necesidad de reformular el enfoque procesal “clásico”

El Derecho Procesal, como el penal, refiere a una dimensión esencialmente normativa que requiere de una complementación con otras dimensiones, de carácter material, que componen un todo: el “sistema penal”. Para enfrentar el fenómeno de la corrupción es necesario entonces que las reformas sean encarradas en clave de “sistema penal”, que contemplen, de forma estructurada y equilibrada, distintos aspectos claves a partir de unos claros lineamientos de política

¹⁵ KRAMBIA-KAPARDIS, María, *Corporate Fraud and Corruption. A Holistic approach to preventing financial crises*, EE.UU., New York, Palgrave Macmillan, 2016.

¹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, “Proceso penal y delitos de corrupción”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, España, núm. 2, 2013, pp. 10 y ss.

criminal¹⁷, formulados a partir de una *lectura constitucional*¹⁸ del ordenamiento jurídico-penal.

Nos referimos, respecto de los actores del proceso, a la necesidad de aumentar las competencias de los órganos jurisdiccionales unipersonales en el marco de un proceso acusatorio que asigne al Ministerio Fiscal un rol fundamental, como órgano especializado, dotado de una Policía Judicial, que eclipse –o limite– la figura de la acusación privada y sometido al control de los jueces de garantías y a su propio diseño institucional –autonomía, objetividad–.

También es necesario reformular el enfoque clásico, en el sentido de dotar al Ministerio Fiscal de herramientas que le permitan delinear y ejecutar una política criminal estratégica y selectiva. Uno de los rasgos de este tópico es la introducción de procedimientos alternativos, especializados o simplificados, frente al ordinario, con el fin de liberar recursos para enfrentar las investigaciones complejas con nuevos y más eficaces medios de investigación, la promoción de la cooperación internacional, el uso de mecanismos propios de la justicia premial y la aplicación a la corrupción de diversas manifestaciones del principio de oportunidad. Y todo ello en un marco general de *gestión del riesgo*¹⁹, en el que cada vez más deviene necesario generalizar una cultura del cumplimiento normativo en este ámbito delictivo²⁰.

¹⁷ Díez RIPOLLÉS, José Luis, “El abuso del sistema penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, núm. 19-01, 2017, pp. 2 y ss.

¹⁸ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional*, España, Barcelona, Atelier, 2016.

¹⁹ CASANOVAS YSLA, Alain, *Legal compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados*, España, Barcelona, Economist & Juris, pp. 43 y ss.

²⁰ RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás, CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán y Fernando RODRÍGUEZ LÓPEZ (eds.), *Corrupción: Compliance, represión y combate a la corrupción*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; NIETO MARTÍN, Adán y Manuel MAROTO CALATAYUD (dirs.), *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, España, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha, 2014.

3. Búsqueda desesperada de responsabilidades penales

Un aspecto puesto en crisis por la reformulación del enfoque clásico es aquél que relaciona la eficacia del proceso con la atribución de responsabilidad penal y, en consecuencia, con la aplicación de una pena, particularmente la de prisión. Así, lo que parece importar más son los números de las sentencias de condena y las consecuencias jurídicas que contienen y menos su calidad y el cómo se llega a ellas²¹. Una demanda de una *nueva* justicia penal²² que se manifiesta con claridad en las exposiciones de motivos de las legislaciones nacionales, como así también en la normativa supranacional e internacional, en la que se dan dos importantes contraposiciones: *soft law vs. hard law* y *law in books vs. law in action*.

Existe en este punto una percepción negativa sobre el grado de eficacia de la justicia en la persecución y juzgamiento de la corrupción: el bajo número de sentencias, el descrédito institucional derivado de acciones con gran repercusión social y las pocas condenas obtenidas a través de juicios completos, entre otros aspectos. Además, el empleo del sistema penal como *única ratio* lleva aparejada la evidente ineficacia –y postergamiento– de los mecanismos preventivos.

Una visión integral, que exceda la mirada clásica, nos indica la necesidad de contar con mecanismos que promuevan una colaboración procesal activa, que incentive las denuncias y los testimonios, las delaciones, confesiones y negociaciones; pero siempre, con límites y controles. Más aún, reformas que promuevan, en general, una *cultura de la legalidad*, con una activa presencia en el debate público (medios de comunicación, internet, redes sociales), puesto que sabemos cómo desde ahí se marca la pauta para muchas de las respuestas legislativas coetáneas²³.

²¹ LARRAURI PIJOAN, Elena, “La economía política del castigo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, núm. 11-06, 2009, pp. 2 y ss.; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *La economía política de la pena. Una introducción*, España, Madrid, Iustel, 2019.

²² BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal desde la globalización y la postmodernidad hacia la neo-modernidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, España, núm. 27, 2019, pp. 25 y ss.

²³ SCHEERER, Sebastián, “El círculo de reforzamiento político-periodístico. Sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, España, núm. 8, 2012, pp. 403 y ss.

4. Bases para una persecución eficaz de la corrupción y el fraude

Para poder investigar con eficacia las grandes tramas de fraude y corrupción hace falta que las instituciones encargadas –órganos de control interno y externos, policías, fiscales y órganos jurisdiccionales– cuenten con un diseño adecuado.

Es relevante, en primer lugar, que el Ministerio Fiscal refleje orgánicamente los requisitos de especialización demandados por la complejidad del objeto: creación de fiscalías especializadas, de unidades técnicas adscritas (por ejemplo, de la administración tributaria) y de organismos colaboradores (unidades de inteligencia financiera, organismos de recuperación y gestión de los activos robados, etc.).

Es también relevante que ese diseño contemple instancias necesarias de cooperación interinstitucional, variada (notarios, registradores, catastro, oficinas antifraude, comisión del mercado de valores, registros públicos, seguridad social), pero coordinada, que palién la dispersión de las fuentes de información necesarias para descubrir fenómenos delictivos que atentan contra el orden socio-económico²⁴. Y dada las características del fenómeno, que existan adecuados canales de cooperación policial y judicial internacionales, que allanen las esperables asimetrías existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos. Cooperación ésta tanto personal como institucional, en particular, mediante la creación de redes nacionales, supranacionales e internacionales²⁵.

5. Problemas de prueba: ¿hacia una privatización del Derecho Procesal penal?

La investigación y prueba de la corrupción se enfrenta a diversos problemas: entre otros, la falta de detección del fenómeno –más que relevante es el volumen

²⁴ LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro, *Delincuencia económica y cooperación institucional. Deberes y procedimientos de colaboración de las instituciones nacionales en la persecución de la criminalidad económica*, España, Madrid, Civitas, 2011.

²⁵ FERNÁNDEZ PRADO, Manuela y Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA, “Derecho Penal económico y cooperación judicial supranacional e internacional”, CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (dir.), *Tratado de Derecho Penal económico*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 403 y ss.

de las *cifras negras*, que tanto desmoralizan a los ciudadanos²⁶, sentimiento que se recrudece cuando se conocen las ínfimas cantidades de dinero robadas que son recuperadas²⁷–, la escasa cantidad de denuncias y el controvertido valor jurídico que se le puede dar a las denuncias anónimas, en su mayor parte canalizadas por internet²⁸ o por buzones institucionalizados²⁹.

Frente a ello se verifica el creciente avance de normativas tendientes a su-plantar la prevención pública mediante la participación activa de los sujetos privados. Tal es el caso, por ejemplo, de los sujetos obligados determinados en normas de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo –entre ellos profesionales del Derecho como los abogados³⁰ o los notarios³¹, con el consiguiente tensionamiento producido con derechos como la defensa y el secreto profesional– o de los *criminal compliance programs*³².

²⁶ RUIZ VADILLO, Enrique, “La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, España, núm. extra 13, 1999, pp. 33 y ss.

²⁷ EUROPEAN LAW ENFORCEMENT AGENCY, *Does crime still pay? Criminal Asset Recovery in the EU. Survey of Statistical Information 2010-2014*, Netherland, The Hague, European Police Office, 2016, pp. 4 y ss.

²⁸ CASADO CADARSO, María Teresa y María Angels VILA MUNTAL, “La denuncia per internet”, *Revista Catalana de Securedat Pública*, España, núm. 18, 2008, pp. 157 y ss.

²⁹ GARCÍA MORENO, Beatriz, “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 206 y ss.; CORONAS VALLE, Daniel, “La nueva figura del informante protegido en la legislación europea: Evolución y desafíos. Canales de denuncia, cumplimiento normativo e instituciones financieras”, *La Ley Mercantil*, España, núm. 52, 2018.

³⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “El abogado frente al blanqueo de capitales”, ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coords.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica: En homenaje a Claus Roxin*, México, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pp. 261 y ss.

³¹ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, “La responsabilidad de los notarios como sujetos obligados en materia de prevención del blanqueo de capitales”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, España, núm. 54, 2019, pp. 57 y ss.

³² MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Un movimiento similar se verifica hacia el interior del proceso penal, donde la actividad investigadora clásica se ve complementada por el uso de confidentes, delatores, arrepentidos y coimputados³³.

Ambos campos de transacción reflejan el auge de la “justicia negociada” como vía complementaria de la visión clásica. Bajo sus distintas vertientes –a la europea o a la española³⁴–, el fin de esta vía es mediar en el conflicto para evitar el juicio oral, o para que el mismo termine de forma anticipada, siempre –cuando menos en *teoría*– dentro de los límites erigidos por derechos y garantías procesales protectores y fortalecedores de derechos humanos.

6. Ministerio Fiscal dominador del escenario procesal en casos relevantes y complejos

Una estrategia político criminal consistente depende en gran medida del desempeño del Ministerio Fiscal en aquellos casos caracterizados por su relevancia económica, social, institucional y mediática³⁵; y, a mayores, cuando los mismos tienen dimensión transfronteriza³⁶. En el caso español ello acarrea como consecuencia la preterición de los jueces de instrucción³⁷.

Si bien la Fiscalía debe obrar bajo los principios de legalidad e imparcialidad de actuación, lo concreto es que las normativas pueden contemplar, respetando

³³ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar la colaboración eficaz con la justicia*, España, La Ley, Madrid, 2018.

³⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y en América*, España, Madrid, Marcial Pons, 2012.

³⁵ BRITO DE ASSIS, Adriano Marcus, *Ministerio Público y combate a la corrupción política. Cuestiones constitucionales y procesales sobre la configuración orgánica de la institución*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 –en prensa–.

³⁶ RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás, “Ministerio Fiscal y cooperación judicial penal internacional: Sinergias y retos”, CONDE FUENTES, Jesús y Gregorio SERRANO HOYO (dirs.), *La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, España, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 287 y ss.

³⁷ MORENO CATENA, Víctor, “La pérdida de potestades del Juez de Instrucción en la investigación de los delitos”, CACHÓN CADENAS, Manuel y Vicente PÉREZ DAUDÍ (coords.), *El enjuiciamiento civil y penal, hoy. IV Memorial Manuel Serra Domínguez*, España, Barcelona, Barcelona, 2019, pp. 371 y ss.

esos principios, márgenes más o menos amplios de actuación que permitan delinear una política criminal particularizada, conforme a la gravedad, los efectos y a la mutabilidad de los fenómenos delictivos.

En este sentido, y luego de la fase procesal de *descarte* (no admisiones, archivos y sobreseimientos), se dan grandes posibilidades de conducir los casos hacia procedimientos alternativos, generar consensos y negociaciones con grandes efectos procesales, dar soluciones atenuatorias de la responsabilidad penal –e inclusive civil–, acordar suspensiones de la ejecución y sustituciones penales, derivar casos hacia la mediación, entre otros.

El objetivo general de estas medidas es, por un lado, mejorar la percepción ciudadana respecto del funcionamiento de la justicia y del sistema penal (*menos impunidad y más seguridad*³⁸), y, por otro, obtener una pronta y eficaz reparación de las víctimas, las cuales, en demasiadas ocasiones, pese a tener ya normado su estatuto jurídico procesal³⁹, son *usadas* como justificación de las reformas –sustantivas y procesales–, pero para alcanzar fines diversos a su tutela efectiva –antes, durante o después del proceso penal⁴⁰–. En términos materiales, implica una suerte de deflación de la justicia penal y, en muchos casos, la afectación de derechos y garantías procesales fundamentales.

Varias de las reformas implementadas con estos objetivos han sido signadas por una incorporación acrítica de las instituciones jurídicas, con poco análisis, carentes de ensayo y sin mediciones o evaluaciones de desempeño a largo plazo. En todo caso, y sin tener que adentrarnos en su ubicación institucional, estas reflexiones reflejan que cuanto mayor es el margen de autonomía otorgado al Ministerio Fiscal para decidir, mayor será, por un lado, la necesidad de delinear una política criminal explícita, que fije áreas prioritarias, conforme el interés

³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Seguridad e incertidumbre: Un Derecho Penal híbrido”, BARONA VILAR, Silvia (edit.), *Claves de la Justicia Penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 503 y ss.

³⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas que se avecinan*, 2.ª ed., España, Pamplona, Aranzadi, 2015.

⁴⁰ GONZÁLEZ CANO, María Isabel, “Mediación, proceso penal y víctima”, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, España, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 415 y ss.

general, y, por otro, la necesidad de desplegar un comportamiento estratégico frente al delito o responder con mayor énfasis allí donde se detecte un aumento en los niveles de conflictividad. Así, se llega al cociente de descomprimir en los casos de baja conflictividad, dentro de las garantías y los principios ordenadores del sistema, para lograr una mayor efectividad en la investigación y juzgamiento de los delitos más graves. Por tanto, una selección de conductas y de la correspondiente reacción estatal que, lejos de producirse en sede parlamentaria, se operativiza en el foro de la mano de los fiscales, que deciden qué, cuándo, cómo y por qué proceder, y contra quién.

III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, NEGOCIACIÓN Y CORRUPCIÓN

1. Fines del proceso penal

El proceso penal siempre sirve para que el Estado aplique el *ius puniendi* por medio de jueces y magistrados, lo que se acompaña de dos postulados esenciales: el objeto del proceso es indisponible y la actividad jurisdiccional tiene que estar orientada hacia la búsqueda de la verdad. Los mismos, como no escapa a nadie, quedan muy matizados, y en ocasiones negados, cuando a la solución de los litigios penales se llega por medio de negociaciones, acuerdos y conformidades.

También, como hemos indicado, una función prevalente del sistema penal consiste en tutelar los derechos e intereses jurídicos de las víctimas de los delitos, evitando su victimización secundaria adentro del proceso, pero promoviendo su acceso pleno a la justicia, como parte –o coadyuvante– en las actuaciones jurisdiccionales. Todo un juego de fuerzas con las que es muy difícil encontrar un punto de equilibrio satisfactorio, cuando menos por dos hechos, máxime en enjuiciamientos penales por corrupción: por una parte, por el alcance a dar al principio de publicidad de las actuaciones procesales⁴¹ y, por otro, porque ya sabemos cómo la tendencia más general pasa por limitar el juego que puedan

⁴¹ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “La víctima ante la publicidad del proceso: su posible revictimización”, BARONA VILAR, Silvia (edit.), *Claves de la Justicia Penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 407 y ss.

tener en la dialéctica procesal las acusaciones privadas –públicas y populares⁴²–, al resultar *molestas* para el actuar dominante de la Fiscalía en la búsqueda de soluciones expeditas que de manera eficaz pongan fin a los procedimientos penales⁴³.

En el otro lado de la relación jurídico-procesal, gran parte de las normas procesales penales han estado pensadas para proteger al investigado de la actividad estatal intrusiva en orden a cumplir su función represora, colocándole

⁴² RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás, “Recelo mediático a la pervivencia de la acción popular en el sistema penal español”, RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás, CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán y Francisco J. LETURIA INFANTE (dirs.), *Justicia penal pública y medios de comunicación*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 203 y ss.

⁴³ MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Argentina, Buenos Aires, 2016, pp. 73 y ss.

Así se puede colegir fácilmente, por ejemplo, del “Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española (Madrid, 1 de abril de 2009)”, en el que el Ministerio Fiscal se erige, junto a los Abogados, en el protagonista principal en la resolución de un porcentaje cada día más alto de los procesos penales en España –ordinarios y abreviados–, con clara postergación –y olvido legal– de acusaciones particulares y populares, que o bien se espera de ellas que no estén personadas o que cuando menos en el sistema de conformidades del Protocolo, pergeñado entre los fiscales y los abogados de los acusados con base en las ideas de simplicidad y agilidad, no estorben. Tan es así que: (i) a ellas se alude únicamente en el art. 7.6 del Protocolo, en el que como no podía ser de otra forma se establece que “[p]ara los supuestos en que existan Letrados acusadores, éstos también deberán estar presentes en las citas y, en su caso, llegar al acuerdo de conformidad conjuntamente con el Fiscal y el Letrado, o Letrados, de la defensa”; y (ii) al Ministerio Fiscal se le encomienda de manera expresa la tutela de los derechos e intereses de las víctimas y perjudicados por el delito en los siguientes términos: “Otra de las tareas esenciales que el Fiscal debe asumir en el marco de la resolución consensuada del procedimiento es la protección de la víctima y del resto de los perjudicados por el delito. Esa misión específica del Ministerio Público ha de ser particularmente cuidada a la hora de cerrar el acuerdo de conformidad. La víctima se ha encontrado históricamente ausente y desinformada –cuando no perpleja– acerca del resultado pactado del proceso, sobre todo cuando no está personada en él.

Por ello, de cara a la negociación de la conformidad el Fiscal procurará oír previamente a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que sea posible y lo juzgue necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Igualmente deberá asegurarse en lo posible que éstos sean informados de la existencia y los términos de la conformidad, una vez pactada, y de sus consecuencias procesales” (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 2/2009 sobre aplicación del Protocolo de Conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española*, Madrid, 2009, p. 12.

importantes límites procedimentales salvaguardados con derechos y garantías procesales constitucionales, con claro marchamo europeo⁴⁴, inclusive alargando su alcance a la fase de ejecución, en la que las instituciones del sistema penal tienen que coadyuvar en la reeducación y reinserción del condenado, razón por la cual se articulan distintos mecanismos, atemperados cuando se trata de dar cobijo a los intereses de menores de edad o vehiculizar manifestaciones de justicia restitutoria: el sobreseimiento por razones de oportunidad, la suspensión condicional del proceso, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la sustitución de las penas, la negociación de las sentencias, entre otras⁴⁵. La clave, siendo un importante elemento diferenciador entre los países, será determinar si todas –o algunas– de estas instituciones no son de aplicación cuando lo que se enjuicia en un proceso penal son hechos de corrupción.

2. Lectura constitucional del proceso penal y justicia penal negociada

Esas finalidades señaladas deben ser alcanzadas dentro del marco aplicado de las garantías procesales constitucionales, entre las que podemos mencionar: (i) acceso a un tribunal, (ii) ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, (iii) igualdad de armas, (iv) derecho de defensa y a designar abogado, (v) prueba, (vi) presunción de inocencia, (vii) juicio con todas las garantías, (viii) juicio público, (ix) no declarar contra sí mismo, y (x) no confesarse culpable.

Dentro de ese marco, es sin embargo posible incorporar dentro del diseño procesal, constitucionalmente orientado, algunos de los mecanismos propios de la justicia penal negociada, en particular, del principio de oportunidad. Cuando así se actúa, se produce una convivencia tensa entre esos mecanismos y las garantías apuntadas, puesto que cada uno de ellas va a ser afrentada directamente por las negociaciones y acuerdos que puedan alcanzar la fiscalía y los abogados de los investigados, frente a los cuales poco tienen que hacer los órganos jurisdiccionales.

⁴⁴ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “La elaboración de un estatuto armonizado de imputado/acusado en la Unión Europea y su implementación en España”, BARONA VILAR, Silvia (edit.), *Claves de la Justicia Penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 320 y ss.

⁴⁵ CALAZA LÓPEZ, Sonia y José Carlos MUINELO COBO, *Principio de oportunidad y transformación del proceso penal*, España, Madrid, Wolters-Kluwer, 2019.

3. Manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal

El principio de oportunidad se manifiesta, de inicio, en el propio derecho penal, al contemplar, por caso, delitos con acción penal semipública y privada o prever la suspensión y sustitución de la pena. En el plano procesal, este principio atenúa los efectos de otro principio, el de legalidad procesal. En atención a que el principio de oportunidad procesal puede afectar la división de poderes, muchas legislaciones se han inclinado por un principio de oportunidad legalmente "reglado", un *maquillaje jurídico* con el que algunos pretenden alejarse del *plea bargaining system* estadounidense, que tantos adeptos encuentra en los ordenamientos jurídicos del *civil law*⁴⁶, cegados por sus números⁴⁷ y por el fin a alcanzar: que el juicio oral y público no tenga lugar⁴⁸.

El principio de oportunidad reglado contribuye a disminuir el margen de discrecionalidad conferido al órgano de aplicación, pero, de otro lado, incuba las mismas falencias de que adolece el principio desde el punto de vista penal. En efecto, la regulación legal, si ha de cumplir un fin constrictor, tenderá a definir algunos pocos rasgos, principalmente en función del rango deparado al delito dentro de la escala punitiva, con lo cual tiende a perder adaptabilidad e impacto práctico. Una alternativa frente a este problema es acompañar las mayores cotas de discrecionalidad con un diseño fuerte del órgano acusador. Quizá, en este punto, pueda resultar aleccionador para muchos ordenamientos jurídicos la manera en la que se ha configurado la Fiscalía Europea y el cómo a la misma se le otorgan, como no podría ser de otra forma, facultades de oportunidad⁴⁹.

⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", AA.VV., *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, España, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp. 49 y ss.

⁴⁷ FISHER, George, *Plea Bargaining's Triumph. A History of Plea Bargaining in America*, EE.UU., Stanford, Stanford University Press, 2003, pp. 153 y ss.

⁴⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "El proceso penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, España, núm. 1, 2017, pp. 12 y ss.; NIEVA FENOLL, Jordi, "La instrucción como falsa 'primera instancia' del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo", CACHÓN CADENAS, Manuel y Vicente PÉREZ DAUDÍ (coords.), *El enjuiciamiento civil y penal, hoy. IV Memorial Manuel Serra Domínguez*, España, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 453 y ss.

⁴⁹ GONZÁLEZ CANO, Isabel, "La Fiscalía Europea. Especial consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad", ARANGÜENA FANEGO, Coral y Montserrat DE HOYOS SANCHO

4. Justificación pragmática

Los procesos penales clásicos se enfrentan con el problema de que no es posible perseguir todos los hechos delictivos que se detectan por el sistema penal. De otro lado, el desarrollo de procesos plenos en todos los casos implica mayor complejidad, lentitud y costos más altos. De llegar a sus últimas instancias, existe también recelo ante el imprevisible comportamiento del juzgador –y más cuando la competencia se atribuye al jurado– y la sumatoria de vías de impugnación, que hace difícil percibir en qué momento se ha dado una respuesta definitiva al conflicto⁵⁰. Todo ello genera en la ciudadanía la percepción de que el proceso implica una pérdida de tiempo y de recursos, y que no garantiza la adecuada determinación de la culpabilidad de los presuntos implicados. Frente a ello, el principio de oportunidad en sede procesal tiene una justificación práctica, cual es la de lograr ahorro y rapidez en las actuaciones jurisdiccionales⁵¹.

Este es el caso de la conformidad patria, con relación a la cual nada se oculta por parte de la Abogacía y el Ministerio Fiscal en el Protocolo ya referenciado: “Una adecuada aplicación del presente Protocolo mejorará sensiblemente nuestra administración de Justicia, siendo beneficiosa para toda la sociedad en general. Por un lado, y en relación a la Administración de Justicia, este Protocolo incidirá en la descongestión de los Juzgados, colaborando a reducir el colapso que muchos de nuestros Juzgados y Tribunales vienen padeciendo, al agilizar la finalización de procesos penales por vía del acuerdo entre las partes; y evitará, en parte, el quebranto de las agendas de los órganos de enjuiciamiento a la hora de hacer los señalamientos, permitiendo una mejor programación al conocer de antemano algunas de las conformidades y poder señalar días específicos para las mismas. Por otro lado, también producirá efectos beneficiosos a todos los ciudadanos que se ven obligados a colaborar con la Administración de Justicia –testigos en general, funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del

(dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados: Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 551 y ss.

⁵⁰ KELLY, William R. y Robert PITMAN, *Confronting underground justice. Reinventing plea bargaining for effective criminal justice reform*, United Kingdom, London, The Rowman & Littlefield Publishing Group, Inc., 2018, pp. 3 y ss.

⁵¹ FLYNN, Asher y Arie FREIBERG, *Plea negotiations. Pragmatic justice in an imperfect world*, Switzerland, Cham, Palgrave Socio-Legal Studies, 2018.

Estado y peritos–, pues previendo con antelación suficiente la conformidad de las partes en el proceso, se evitan citaciones, esperas y molestias innecesarias.

Sin duda ello también revertirá de forma positiva en relación a las víctimas, que de forma más ágil y segura podrán ser reparadas del daño causado, así como en relación a los acusados, que verán finalizado el proceso de forma más ágil y consensuada”.

La clave estará en saber –de ser posible– qué se hace, y por quién, para llegar a ese acuerdo⁵².

5. Elementos básicos de la negociación penal

La negociación tiene por finalidad llegar a un acuerdo entre la Fiscalía y la defensa del acusado, lo cual, como ya hemos indicado, implica relegar a un segundo plano la participación de las acusaciones privadas.

Con el acuerdo se busca evitar el juicio oral y limitar la pena a aplicar por los jueces y magistrados.

No implica la aceptación de culpabilidad, sino el acuerdo respecto de la gravedad de la pena, aunque existen regulaciones que exigen el desarrollo activo de otras conductas, como ocurre con la “delación”, tan de moda en países como Brasil para resolver grandes y complejos casos de corrupción⁵³ a partir de la colaboración activa y eficaz de las personas –físicas⁵⁴– investigadas.

⁵² BACHMAIER WINTER, Lorena, “Justiça negociada e coerção: Reflexões a luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos”, JACOBSEN GLOECKNER, Ricardo (org.), *Plea bargaining*, Brasil, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 9 y ss.

⁵³ RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás, “Hacia una justicia penal colaborativa en el combate a la corrupción: El caso de las ‘colaboraciones premiadas’ en Brasil”, JIMÉNEZ CONDE, Fernando y Rafael BELLIDO PENADÉS (dirs.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 889 y ss.

⁵⁴ Con relación a las personas jurídicas, siguiendo una orientación similar, son conocidos por todos los “acuerdos de lenidad” publicitados en todo el mundo a través de la resolución del asunto Odebrecht. RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás y Renato MACHADO DE SOUZA, “El ‘acuerdo de lenidad’ como mecanismo privilegiado para combatir y prevenir los actos de corrupción en Brasil”, RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás, CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán y Fernando RODRÍGUEZ LÓPEZ (eds.), *Corrupción: Compliance, represión y combate a la corrupción*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 295 y ss.

De otro lado, los acuerdos no siempre implican la aceptación de la responsabilidad civil.

Con todo, y como ocurre en cualquier negociación, el acuerdo supone alguna clase de “premio”, explícito o implícito, para el investigado. Sin él, como los años han demostrado⁵⁵, las instituciones de oportunidad no funcionan.

En la mayor parte de las legislaciones el acuerdo no basta por sí, sino que debe ser homologado judicialmente, previo control respecto del cumplimiento de los requisitos legales aplicables al caso y del libre consentimiento prestado por el acusado.

6. Argumentos a favor del principio de oportunidad y de la negociación

Un primer argumento, relacionado con criterios de interés social o utilidad pública, es la escasa lesión social e interés público en la persecución de algunos delitos de baja conflictividad, la necesidad de estimular la pronta reparación de la víctima y la de evitar los efectos estigmatizantes de las penas cortas de prisión.

Otro argumento apunta que la negociación no es un mero instituto formal, sino una vía operativa para realizar el principio de justicia material, en este caso, consensuada, sin dilaciones indebidas.

Un tercer argumento es que el instituto favorece –aunque no en igual medida– a todos los intervinientes en el proceso (fiscal, investigado, abogado, víctima y juez), como ya hemos tenido ocasión de señalar. E inclusive, de manera indirecta, al mismo Estado: la aplicación del principio de oportunidad y de las salidas negociadas sirve para liberar recursos y aplicarlos a otros hechos delictivos, permitiendo así el desarrollo de una política criminal flexible y reorientable.

⁵⁵ BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 578 y ss.

7. Argumentos en contra

Nos permitimos listar aquí la docena de argumentos más recurrentes levantados en contra de los institutos mencionados⁵⁶, los cuales compensan al menos las bonanzas apuntadas con anterioridad:

(i) Exclusividad de la función jurisdiccional frente al protagonismo hegemónico del Ministerio Fiscal, difícilmente controlable es sus actitudes y actuaciones en pro de alcanzar un acuerdo por la defensa del investigado.

(ii) El opacamiento del principio de oficialidad y del ejercicio obligatorio de la acción penal en los delitos públicos por parte del Ministerio Fiscal.

(iii) El arrinconamiento procesal al que se tiene que someter a las acusaciones privadas para limitar –o impedir– que con sus actuaciones frustren el diálogo de consenso entre la Fiscalía y la defensa.

(iv) Las extralimitaciones en las que puede incurrir la Fiscalía para alcanzar esos acuerdos, siendo un riesgo real el que investigados inocentes se vean abocados a negociar y declararse culpables por no querer asumir el *riesgo* de ir a juicio.

(v) Las dosis de presión que está en condiciones de soportar la Fiscalía, en particular cuando no es autónoma, en asuntos de relevancia pública/social/política, tal y como pasa en casos de corrupción pública y privada.

(vi) La desigualdad de medios y recursos con los que acuden al proceso la Fiscalía y defensa del acusado.

(vii) El sacrificio que el investigado tiene que realizar en sus derechos y garantías procesales fundamentales por llegar a una terminación pactada del proceso penal.

(viii) La preterición de la cláusula procesal penal de que el objeto penal del proceso es indisponible.

⁵⁶ RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, España, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1997.

(ix) El que el acusado es utilizado como una fuente de prueba, de manera que cuando se verifica su declaración de asunción de las consecuencias jurídicas anejas a los hechos delictivos –sobre los que no tiene que expresar su confesión–, las diligencias de investigación devienen inútiles y por ende se paralizan.

(x) La primacía de la verdad consensuada frente a la verdad material, quedando por ello desdibujados algunos de los fines del proceso indicados.

(xi) La actividad jurisdiccional, además de quedar muy cercenada, se circunscribe al modo en que se llega al acuerdo más que en su contenido y efectos.

(xii) La reparación de la víctima no suele ser un presupuesto para llegar a un acuerdo, aunque en buena lógica, cuando es efectiva, lo va a facilitar.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Hasta aquí hemos intentado plantear algunas luces y sombras que a día de hoy puede presentar el enjuiciamiento penal de los casos de corrupción y cómo los legisladores en países del *common law* y del *civil law* han sucumbido a la tentación de tratar de *asegurar* el dictado de sentencias de condena echándose en los brazos de manifestaciones de justicia penal colaborativa, en la que parece que el fin sí justifica los medios que se pueden emplear para alcanzarlos⁵⁷.

En este transitar, se ha generalizado una polarización de posturas a partir de la cual quienes no apuestan por esas vías alternativas negociadas y premiadas son *enemigos* del sistema. ¿Quién y por qué puede negarse a que procesos penales *complejos*, como los que sirven para enjuiciar hechos de corrupción, se terminen de forma *sencilla* y *rápida* a partir de colaboraciones, negociaciones, acuerdos, pactos... entre la acusación pública y la defensa de los investigados –personas físicas y/o jurídicas–, si como hemos señalado todos resultan beneficiados por ellos?

⁵⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Proceso penal moderno e investigación del crimen, el problema del aumento del intervencionismo público”, JIMÉNEZ CONDE, Fernando y Rafael BELLIDO PENADÉS (dirs.), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 270 y ss.

Más claramente: pesadas mochilas acarrear aquellos académicos y prácticos que son tildados de “garantistas” al defender, desde la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cómo se debe desarrollar el proceso penal en el Estado de Derecho con respeto efectivo de los derechos procesales constitucionales. ¿Acaso ellos no quieren ver a los responsables de los hechos criminales pagando por ello, y a las víctimas debida y efectivamente reparadas? Claro que sí. Pero alguien tiene que poner en solfa esta inercia *resultadista* y esas políticas retribucionistas que culminan, para la *tranquilidad* de la ciudadanía, con un endurecimiento de la ley penal, postergando –por ser caras y poco rentables políticamente– reformas para mejorar programas de corte preventivo y educativo. Frente a los que piden y valorar *cantidad* de sentencias penales de condena, sigue habiendo quienes pedimos que no se olvide la *calidad* de las mismas ni los principios y valores éticos⁵⁸ que deben presidir el funcionamiento del sistema penal en el Estado de Derecho.

⁵⁸ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, *Delación premiada. Límites éticos al Estado*, Colombia, Bogotá, Temis, 2019.

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Alba Rosell Corbelle

Becaria de la Fundación Manuel Serra Domínguez

Al Profesor D. José Martín Ostos,

en testimonio de mi afecto y admiración hacia su magisterio

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. FUENTES NOR-MATIVAS Y NATURALEZA. IV. COMPOSICIÓN DE LA CORTE. V. FUNCIONES. VI. LAS PARTES PROCESALES. 1. Capacidad y postulación. 2. Intervención de terceros. VII. OBJETO DEL PROCESO. VIII. ACTOS PROCESALES. 1. Lugar. 2. Tiempo. 3. Forma. 4. Actos de comunicación. IX. DESARROLLO DEL PROCESO. 1. Conformación judicial y poder de disposición normativa de las partes. 2. Iniciación: ejercicio de la acción. 3. Fase escrita: planteamiento de las pretensiones y resistencias de las partes. 4. Fase oral. 5. Ausencia de la parte demandada. X. FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO. XI. LA SENTENCIA. XII. REVISIÓN. XIII. MEDIDAS CAUTELARES.

I. INTRODUCCIÓN

La Carta de las Naciones Unidas, en su Capítulo VI, relativo al *“arreglo pacífico de controversias”* prevé como potenciales mecanismos prioritarios de solución de cualquier diferencia entre partes *“susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”* los siguientes: la *negociación*, la *investigación*, la *mediación*, la *conciliación*, el *arbitraje*, el *arreglo judicial* y el *recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección*. Sin duda el sistema de *arreglo judicial* de disputas entre Estados más importante en la actualidad es el que gira alrededor de la Corte Internacional de Justicia (CJI), el tribunal principal de las Naciones Unidas, con sede en el Palacio de la Paz de la Haya en Holanda, el cual desde su creación en 1945 ha resuelto un gran número de conflictos internacionales.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Tanto la historia de la jurisdicción internacional como su fundamento muestran su confusión con el arbitraje entre Estados, del cual sólo se diferencia por dos notas, una de carácter estructural y otra de índole funcional: la *permanencia* del tribunal y la *imperatividad* de las normas procesales a las que se somete su actividad.

Desde el *Tratado de Jay* entre EEUU y el Reino de Gran Bretaña de 1794 se contempla el posible sometimiento a arbitraje como medio de resolución de conflictos entre los Estados –por remisión de las partes a la decisión de un tercero–¹. Pero tuvo que transcurrir más de un siglo para que convencionalmente se previera la realización del arbitraje en el marco de una estructura estable: el Tribunal Permanente de Arbitraje establecido por el Convenio para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales aprobado por la primera Conferencia de la Paz de 1899. Más tarde, en 1907, la Segunda Conferencia de la Paz elaboró un convenio para el establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas, que no llegó a ser ratificado, y propuso la creación de un Tribunal de Justicia Arbitral, el cual no llegó a existir. La Tercera Conferencia de la Paz, que había de reunirse en 1915, no se celebró, debido al estallido de la I Guerra Mundial en 1914².

Finalizada la Gran Guerra, el art. 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones atribuyó al Consejo la labor de preparar un proyecto de Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) para su presentación ante los miembros de la Sociedad. Dicho Tribunal habría de conocer “*de todas las diferencias de carácter internacional que las partes quisieran someterle*”, junto con la labor de emisión de dictámenes sobre las desavenencias o asuntos que la Asamblea o el Consejo tuvieran a bien confiarle. Tras el trabajo realizado por una comisión de diez juristas, el Consejo aprobó el Anteproyecto en sus reuniones de San Sebastián y Bruselas en 1920 y la Asamblea el texto definitivo del Estatuto el 16 de diciembre de

¹ Jackson H. Ralston, “International arbitration from Athens to Locarno”, Stanford University Press, 1929, pp. 190 y ss.

² Vide “El Tribunal Permanente de Justicia Internacional”, publicado por la Secretaría del Tribunal”, Ed. A.W. Stijhoff, Leiden, 1939, pp. 9 y 10. En 2012 la CIJ preparó una reedición actualizada con las resoluciones de 1939 y 1940, accesible en https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_other/cpji-pcij.pdf

1920, como Anexo de un Protocolo que se abrió a la ratificación de los Estados miembros³.

El TPJI se reunió por vez primera en el mes de enero de 1922, en el palacio de la Paz de La Haya (la misma sede de la actual CPI). Se regía por la llamada "*cláusula facultativa*", las Resoluciones del Consejo y de la Asamblea, los tratados multilaterales o bilaterales que reconocían su jurisdicción y el Reglamento del Tribunal, que aprobó el mismo órgano⁴. Estaba compuesto por quince jueces y durante su existencia se ocupó de 29 asuntos contenciosos y emitió veintisiete dictámenes⁵.

El TPJI existió –sobre el papel– hasta 1946, aunque su actividad real cesó en 1939. Su trabajo se centró en buena medida en los problemas surgidos como consecuencia de los tratados de paz que pusieron fin a la I Guerra Mundial, aunque también abordó cuestiones diferentes⁶. Su composición era plural y equilibrada, funcionó con eficacia y su jurisprudencia resultó muy importante para el desarrollo del Derecho Internacional⁷.

³ En 1929 se aprobó un Protocolo de Enmienda por la Asamblea, el cual entró en vigor en febrero de 1936. Vide "El Tribunal Permanente...", cit., pp. 10 y 11.

⁴ "El Tribunal Permanente...", cit., pp. 12 y 13.

⁵ Entre los casos que se sometieron a su conocimiento se encuentra el *asunto del Barón Jacques de Borchgrave* que enfrentó a Bélgica y España debido al secuestro, tortura y asesinato de un agregado de la Embajada hijo de Bélgica en Madrid en diciembre de 1936. Como las autoridades belgas entendieron que la República de España no afrontaba con una mínima diligencia la investigación del crimen –que todo indicaba que había sido perpetrado por milicianos protegidos por el manto de la impunidad ante la sospecha de que el Barón trataba de lograr la desertión de milicianos internacionales compatriotas suyos–, el Reino de Bélgica llevó a la República ante el Tribunal. No se llegó a dictar sentencia sobre el asunto, pues, tras la resolución de ciertas cuestiones preliminares, las partes llegaron a un acuerdo extraprocesal, que incluyó el pago por España de una indemnización a la familia de la víctima. En defensa de la posición española actuaron dos renombrados juristas, Ángel Ossorio y Gallardo, entonces Embajador en Bélgica, y Felipe Sánchez Román (Asunto C-82). La documentación es accesible en <https://www.icj-cij.org/en/pcij-series-c>. Vide Marina Casanova, "Las relaciones diplomáticas hispano-belgas durante la guerra civil española: el caso del barón de Borchgrave", *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea*, t. V, 1992, pp. 293 a 302.

⁶ Como la que se acaba de indicar en la nota 5, en relación con España.

⁷ "The International Court of Justice. Handbook". International Court of Justice, La Haya, 2019, pp. 12 y ss. Accesible en <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf>

El art. 92 de la Carta de las Naciones Unidas recuerda en su art. 92 que el Estatuto de la CIJ está basado en el de la CPJI. Aunque en la Conferencia de San Francisco se decidió sustituir la CPJI por una nueva CIJ, se considera a la segunda heredera de la primera⁸.

III. FUENTES NORMATIVAS Y NATURALEZA

Las fuentes normativas de la CIJ en el aspecto orgánico y procesal son la Carta de las Naciones Unidas (Capítulo XIV –arts. 92 a 96–) (CNU), de la que forma parte integral su Estatuto (art. 92 de la Carta) (ECIJ) y el Reglamento de la Corte (al que se remite el art. 30.2 ECIJ) (RC)⁹. Además, la corte desde octubre de 2001 ha aprobado ciertas *directrices prácticas* que complementan el Reglamento¹⁰.

El Derecho material que la CIJ debe aplicar se detalla en el art. 38 ECIJ: a) los convenios internacionales, generales o particulares, que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados en disputa; b) la costumbre internacional, como prueba de una práctica general aceptada como ley; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y d) subsidiariamente, las decisiones judiciales y la doctrina de los más destacados publicistas de las distintas naciones. También puede la Corte resolver en equidad (*ex aequo et bono*), si bien sólo en los casos en los que las partes se muestren de acuerdo en que así actúe.

La CIJ es –como se ha expuesto– el “*órgano judicial principal*” de Naciones Unidas, según afirma el art. 92 de la Carta. Como órgano al que se denomina judicial puede asignársele naturaleza jurisdiccional, pero con el importante matiz que en el ámbito de las relaciones internacionales es preciso introducir en

⁸ Por ello, la aceptación de la jurisdicción de la CPJI mediante la cláusula facultativa del art. 36 de su Estatuto se transvasó a la CIJ mediante el art. 36.6 de su Estatuto y las referencias efectuadas en los tratados a la CPJI se entendieron realizadas respecto a la CIJ por el art. 37 del mismo texto normativo.

⁹ Aprobado el 14 de abril de 1978, el cual reemplaza al Reglamento de 6 de mayo de 1946, enmendado el 10 de mayo de 1972. Desde entonces se han enmendado diversos artículos, la última de las cuales se produjo el 21 de octubre de 2019. Vide <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20191021-PRE-01-00-EN.pdf>

¹⁰ <https://www.icj-cij.org/en/practice-directions>

relación con los órganos que actúan como terceros en la resolución heterocompositiva de conflictos: dicho matiz se refiere a la imposibilidad de aplicar de forma genuina el concepto de jurisdicción propio de la Teoría General del Proceso a los tribunales internacionales que no imponen su decisión como consecuencia de un poder conferido por una autoridad situada por encima de las partes en conflicto, sino con base en la previa aceptación por las partes del ejercicio de dicho poder. En tales casos el fundamento del poder de resolución no se encuentra en un poder soberano al que las partes deben someterse, sino en la soberanía de las mismas partes, que la realizan mediante un acuerdo contractual que las vincula en la aceptación de la solución que un tercero otorgue al conflicto, el cual típicamente otorga carta de naturaleza a la institución del arbitraje.

Por supuesto que en el ámbito internacional se encuentran ejemplos de tribunales genuinamente jurisdiccionales. Dicha naturaleza es predicable de todos aquellos órganos que imponen su decisión como consecuencia del *imperium* –poder de imposición– que una organización internacional o los Estados le hayan otorgado, como es el caso de los tribunales penales internacionales respecto a las personas que pueden enjuiciar (ya sean tribunales *ad hoc* o la Corte Penal Internacional). Pero no es el caso de la Corte Internacional de Justicia, cuyo poder de decisión le es conferido por los mismos Estados que se someten a su *jurisdicción*, término que ha de entenderse en sentido impropio o si se prefiere, propio de un Derecho como el Internacional que no contempla como instancia última de solución definitiva e irrevocable de los conflictos un tribunal independiente e imparcial sometido exclusivamente al imperio de la ley.

Como con anterioridad se adelantó, no sólo desde una perspectiva histórica, sino también funcional, la *jurisdicción internacional* del tipo que ejerce la CJI coincide con el arbitraje. Ambas instancias de resolución de conflicto –*jurisdicción y arbitraje internacionales*– encuentran su fundamento en la libre voluntad de las partes. Ahora bien, ambas figuras se diferencian en el modo como se ejerce la función: de forma permanente y preestablecida la *jurisdicción*; de manera ocasional y por el cauce procesal que establezcan las partes y/o el tribunal en cada caso el *arbitraje*. Con todo, en ocasiones los elementos de distinción que acaban de referirse quedan desdibujados.

Recapitulando las ideas expuestas, la CJI es un órgano judicial cuyo poder de decisión le es conferido voluntariamente por las partes, dotado de carácter

permanente y sujeto a una normativa procesal predefinida. Constituye así una *jurisdicción impropia para la teoría General del Proceso, propia del Derecho Internacional*.

Todos los Estados miembros de la ONU son partes del Estatuto de la CIJ (art. 93.1 CNU). También pueden serlo los Estados que no sean miembros de la citada organización, si cumplen las condiciones establecidas por la Asamblea General según recomendación del Consejo de Seguridad (art. 93.2 CNU). Los Estados miembros de Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la CIJ en los litigios en los que sean parte (art. 94.1). Pero para ser parte de un proceso ante el CIJ el Estado debe haberle atribuido jurisdicción sobre el asunto otorgando su consentimiento para someterlo a su conocimiento (art. 36.1 ECIJ). Consecuentemente, los Estados miembros de Naciones Unidas se encuentran autorizados para encomendar la solución de los conflictos a otros tribunales (art. 95 CNU).

Dicho consentimiento, del que depende la jurisdicción de la CIJ, puede ser expreso a tácito, pues puede desprenderse de actos inequívocos de aceptación en la conducta del estado demandado (*forum prorrogatum*)¹¹.

El art. 36.2 ECIJ permite a los Estados parte reconocer en cualquier momento como obligatoria *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, en relación con cualquier Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en cualquier disputa legal concerniente a: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de cualquier hecho que constituya una violación de una obligación internacional; y d) la naturaleza o extensión de la reparación a efectuar por la infracción de una obligación internacional. Tal declaración puede hacerse de forma incondicional o a condición de reciprocidad de ciertos o por cierto Estado, o por tiempo determinado¹².

¹¹ Vide "International Court of Justice. Handbook", cit., p. 35.

¹² La declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ fue depositada en la sede de Naciones Unidas el 29 de octubre de 1990 (BOE de 16 de noviembre de 1990, núm. 275, p. 33862).

IV. COMPOSICIÓN DE LA CORTE

La Corte se encuentra compuesta por un conjunto de quince jueces independientes, elegidos sin importar su nacionalidad entre personas del más alto carácter moral que posean las cualificaciones necesarias requeridas en sus países respectivos para el nombramiento de los jueces de los más o entre jurisconsultos de reconocida competencia en derecho internacional. No pueden ser designados para el ejercicio simultáneo del cargo dos jueces de la misma nacionalidad. A los efectos de la pertenencia a la CIJ, las personas con más de una nacionalidad se consideran nacionales del Estado en el que ordinariamente ejerza sus derechos civiles y políticos (arts. 2 y 3 ECIJ).

La elección de los jueces se realiza por la Asamblea General y por el Consejo de Seguridad sobre la base de una lista formada por los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje o por los grupos designados con tal fin por los Estados miembros que no pertenezcan a la CPA en las mismas condiciones previstas por el art. 44 del Convenio de la Haya de 1907 para el arreglo pacífico de las disputas internacionales. La designación a efectuar por los Estados parte del Estatuto no pertenecientes a Naciones Unidas es establecida por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad (art. 4 ECIJ¹³).

Con el sistema diseñado se trata de lograr no sólo que los jueces designados posean las cualificaciones requeridas, sino también que el tribunal en su conjunto represente a las principales formas de civilización y a los principales sistemas jurídicos del mundo (art. 9).

El periodo de ejercicio del cargo es de nueve años, renovable. Periódicamente el tribunal se renueva por tercios, cada tres años (art. 13.1 ECIJ).

Los jueces se encuentran sometidos a un rígido sistema de incompatibilidades, pues se les impide desarrollar funciones políticas o administrativas o dedicarse a cualquier otra ocupación de naturaleza profesional, incluido el ser agente, abogado o asesor en ningún asunto (arts. 15 y 16 ECIJ).

¹³ El procedimiento de elección se regula en los arts. 5 a 12 del ECIJ.

Para garantizar su imparcialidad se prohíbe que los jueces se ocupen de cualquier caso en el que haya intervenido previamente como agente, abogado o asesor de una de las partes o como miembro de un tribunal nacional o internacional o comisión de investigación o en cualquier otra (art. 17.2 ECIJ). Si existe cualquier razón especial para que un juez no enjuicie un asunto pueda suscitarla el juez concernido o el Presidente. En caso de desacuerdo entre ambos, decide el tribunal (art. 25 ECIJ). La nacionalidad del juez no se considera causa de pérdida de imparcialidad y se permite a los jueces de la nacionalidad de una de las partes formar parte del tribunal (art. 31.1 ECIJ).

No obstante, si el tribunal incluye el juez de la nacionalidad de una de las partes la parte contraria puede incluir en el tribunal un juez "ad hoc" en caso de que no haya uno de su nacionalidad (art. 31.2 ECIJ). También pueden nombrar las partes jueces "ad hoc" cuando no integren el tribunal jueces de la nacionalidad de ninguna de ellas. En caso de litisconsorcio, se considere a las partes que litigan juntas como una sola a estos efectos. Los jueces "ad hoc", cuya nacionalidad no tiene que coincidir con la del Estado que lo nombra, deben satisfacer las condiciones impuestas a los jueces permanentes y actúan en la toma de decisiones en plena igualdad con sus colegas (art. 31 ECIJ)¹⁴. En un asunto determinado la presidencia del tribunal no puede recaer en un nacional de una de las partes (art. 32 RC).

Se concede a los jueces una retribución exenta de impuestos establecida por la Asamblea General (art. 32 ECIJ) y los privilegios e inmunidades diplomáticas (arts. 19 ECIJ).

Su cese, por pérdida de las condiciones requeridas, exige la decisión unánime de los restantes miembros del tribunal (art. 18 ECIJ)¹⁵.

¹⁴ El procedimiento para la designación de los jueces "ad hoc" se encuentra en los arts. 35 a 37 RC. La Directriz Práctica VII expresa la consideración de la Corte contraria a que sean designados jueces "ad hoc" personas que han actuado como agentes, consejeros o abogados de los Estados en otros asuntos en los últimos tres años y viceversa. La Directriz Práctica VIII extiende la última consideración a cualquier juez del tribunal, al secretario, vicesecretario o alto funcionario de la Corte, que no deben actuar como agentes, consejeros o abogados de los Estados en los siguientes tres años.

¹⁵ El procedimiento se regula en el art. 6 del RC.

Entre los jueces eligen al Presidente y Vicepresidente de la Corte, por periodos de tres años, renovables¹⁶. Asimismo, eligen al Secretario y proveen lo necesario para la elección de los funcionarios que resulten necesarios (art. 21 ECIJ)¹⁷.

Como regla general, el tribunal se constituye en pleno, con un mínimo de nueve jueces (art. 25 ECIJ). También puede actuar mediante salas con un número de al menos tres jueces para ciertos tipos de asuntos –por ejemplo, laborales, de tránsito o comunicaciones– o en cualquier caso con el consentimiento de las partes (art. 26 ECIJ)¹⁸. Anualmente a petición de las partes se forma una Sala de cinco miembros para el conocimiento de los procedimientos sumarios, que son incoados a solicitud de las partes (art. 29 ECIJ)¹⁹.

Junto con los jueces pueden sentarse los asesores designados conforme al Reglamento de la CIJ²⁰, los cuales tienen voz, pero no voto (art. 30.2 ECIJ).

V. FUNCIONES

La CIJ no sólo tiene una función jurisdiccional, sino también consultiva sobre cualquier cuestión jurídica que plantee la Asamblea General o el Consejo de Seguridad. También pueden solicitar opiniones consultivas sobre cuestiones situadas dentro de la esfera de sus actividades otros órganos de Naciones Unidas u organismos especializados que sean autorizados para ello por la Asamblea General (art. 96 de la Carta).

El procedimiento para la emisión de opiniones consultivas, que se encuentra abierto a la participación de los Estados con derecho a comparecer ante la Corte y organizaciones internacionales que –a juicio de la Corte– pueda suministrar información, mediante actuaciones escritas u orales, se encuentra previsto en los arts. 65 a 68 ECIJ y 102 a 109 RC²¹.

¹⁶ Arts. 10 a 14 RC.

¹⁷ Arts. 22 a 29 RC.

¹⁸ Arts. 16 a 18 RC.

¹⁹ Art. 15 RC.

²⁰ Art. 9 ECIJ.

²¹ Vide Carlos Espósito, “La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia”, McGraw-Hill, Madrid, 1996, *passim*.

VI. LAS PARTES PROCESALES

1. Capacidad y postulación

Las partes del Estatuto no son las partes procesales, que actúan en los procesos en concreto, como es obvio. Las partes procesales son los Estados que ejercitan la acción y los Estados frente a los que la acción se dirige. Los Estados y solo los Estados tienen la capacidad para ser parte demandante o demandada ante la CIJ (art. 34.1 ECIJ).

Los Estados actúan ante la Corte representados por sus agentes²² y pueden asistirse de abogados o consejeros. A todos ellos se les reconoce los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio de sus funciones (art. 42 ECIJ).

2. Intervención de terceros

Los terceros Estados pueden intervenir –de forma principal o adhesiva– en los siguientes casos establecidos por el art. 62 ECIJ: i) si consideran que tienen un interés jurídico que puede ser afectado por la sentencia que pueda dictarse; y ii) cuando el proceso verse sobre la interpretación de un tratado en el que sean parte otros Estados. Conforme al art. 63 ECIJ, el Secretario ha de notificar la existencia del proceso a todos los Estados parte en el tratado cuya interpretación sea controvertida. Pero solo en caso de que el Estado intervenga en el proceso la sentencia desplegará efectos frente al mismo.

Las solicitudes de intervención basadas en el art. 62 RC deben presentarse lo antes posible, en la fase de procedimiento escrito, aunque excepcionalmente la Corte puede admitir solicitudes posteriores. La petición ha de incluir: i) el nombre del agente; ii) el asunto a que se refiere; iii) el interés jurídico del Estado que puede resultar afectado por la sentencia; y iv) el objeto preciso de la intervención; la base de la jurisdicción del tribunal en relación con la intervención. En la petición figurará la lista de documentos que se aportan con la misma (art. 81 RC).

²² Los agentes deben indicar un domicilio en la sede de la Corte a efectos de notificación. Las partes deben designar sus agentes al inicio del proceso, según lo dispuesto en el art. 40 RC.

La petición de intervención al amparo del art. 63 ECIJ –haya recibido o no el Estado la comunicación de la Secretaría sobre la pendencia del proceso– se interpone mediante una declaración que debe presentarse antes de la apertura de la fase oral del proceso, aunque excepcionalmente puede admitirse después. La declaración ha de incluir: i) el nombre del agente; ii) los datos que justifiquen la consideración del Estado como parte en la convención; iii) la indicación de las disposiciones de la convención cuya interpretación entiende que están en discusión; la interpretación que el Estado otorga a las disposiciones. También figurará la lista de documentos de apoyo, que habrán de acompañarse (art. 82 RC).

Efectuada la petición de intervención por el Estado tercero, se da traslado a las partes para que formulen sus alegaciones por escrito en el plazo concedido por la Corte, al Secretario General de Naciones Unidas, a los Miembros de Naciones Unidas, a otros Estados con derecho a comparecer ante la Corte y a cualquier otro Estado que haya solicitado intervenir conforme al art. 63 ECIJ (art. 83 RC). Si cualquiera de ellos formula objeción a la solicitud de intervención la Corte otorgará audiencia al Estado interviniente y a las partes y tomará su decisión, con carácter prioritario, salvo que decida otra cosa (art. 84 RC).

Los intervinientes tienen derecho a presentar, en el plazo otorgado por la Corte, una *declaración* sobre el objeto de la intervención, tras el traslado que se les realiza de los escritos y documentos de las partes. Cuando se trata de la intervención conforme al art. 62 ECIJ se establece otro plazo para que las partes formulen sus observaciones sobre *la declaración*. Si la intervención tiene su amparo en el art. 63 ECIJ al tercero se le otorga el mismo traslado y se le concede plazo para formular observaciones sobre el objeto de la intervención, las cuales se comunican a las partes y a otros intervinientes. En ambos supuestos los Estados interviniente tiene derecho a presentar, durante la fase oral, sus observaciones sobre el objeto de la intervención (arts. 85 y 86 RC).

VII. OBJETO DEL PROCESO

Conforme al art. 36.1 ECIJ, la jurisdicción de la Corte comprende todos los casos que las partes le sometan y todas las materias previstas en la Carta de Naciones Unidas y en los tratados y convenciones vigentes.

La acumulación de procesos se permite en términos de gran flexibilidad. Por decisión de la Corte los procesos pueden ser acumulados. También pueden practicarse actuaciones procesales de forma conjunta para más de un proceso, ya sean escritas u orales, incluida la declaración de testigos y ordenarse acciones comunes (art. 47 RC).

VIII. ACTOS PROCESALES

1. Lugar

La Corte tiene su sede en la Haya, pero puede ejercer sus funciones en cualquier lugar donde considere conveniente (art. 22 ECIJ)²³. La obtención de pruebas se efectúa con la cooperación del gobierno del Estado del lugar donde se hallen (art. 44. 2 ECIJ).

2. Tiempo

El tribunal está constituido permanentemente, excepto en periodo de vacaciones, que se fija por el mismo (art. 23 ECIJ) y observa los días festivos del lugar donde este reunida, aunque en caso de urgencia el Presidente puede convocar el tribunal en cualquier momento (art. 20.4 y 5 RC).

Es la Corte la que fija los plazos para las actuaciones procesales, con especificación de las fechas precisas, en lapsos temporales tan breves como la naturaleza del asunto lo permita (art. 48 RC).

3. Forma

El procedimiento se divide en dos fases, la primera escrita y la segunda oral. La comunicación escrita de las partes con la Corte se realiza a través del Secretario. Las actuaciones orales se realizan en las audiencias que la Corte señale (art. 432 y 5 ECIJ).

²³ Incluida la toma de declaración de testigos (art. 63.2 RC).

Las vistas son públicas, salvo que las partes soliciten la exclusión del público o así lo acuerde la Corte (art. 46 ECIJ)²⁴. Son dirigidas por el Presidente, el Vicepresidente o el Magistrado más antiguo de los presentes (art. 45 ECIJ). De cada vista se levanta acta, firmada por el Presidente y el Secretario (art. 47 ECIJ).

Los idiomas oficiales son el inglés y el francés. Si las partes acuerdan el uso de uno de ellos éste será el utilizado. En caso de inexistencia de acuerdo, cada parte puede utilizar el idioma oficial que prefiera y la Corte decide cual se entiende auténtico. El tribunal puede autorizar a las partes a emplear otro idioma (art 39 ECIJ)²⁵.

4. Actos de comunicación

De todo escrito o documento presentado por una parte se da traslado a las otras mediante copia certificada (art. 43.4 ECIJ). La práctica de notificaciones a personas distintas de los agentes, abogados o consejeros se efectúa con la colaboración del Estado en cuyo territorio se encuentren (art. 44.1 ECIJ).

IX. DESARROLLO DEL PROCESO

1. Conformación judicial y poder de disposición normativa de las partes

La Corte ostenta el poder de adoptar las resoluciones necesarias para dar su curso al proceso, decidir la forma y términos de las alegaciones de las partes y adoptar las medidas pertinentes para la práctica de las pruebas (art. 48 ECIJ).

A las partes se les concede un limitado poder de disposición sobre las normas reguladoras del proceso contencioso del Título III del RC, pues, excepción hecha de las normas reguladoras de la sentencia están autorizadas a modificarlas o adicionarlas, si la Corte lo estima apropiado en virtud de las circunstancias del asunto (art. 101 RC)²⁶.

²⁴ Vide art. 59 RC.

²⁵ Sobre el idioma de los escritos alegatorios y las traducciones de los documentos vide art. 51 RC. Sobre la traducción de las actuaciones orales vide art. 70 RC.

²⁶ La opinión de las partes sobre las cuestiones procesales se recaba por los mecanismos establecidos en la Directriz Práctica XIII.

2. Iniciación: ejercicio de la acción

El proceso se inicia con la presentación al tribunal –a través del Secretario– o bien de una acuerdo especial o compromiso o bien de un escrito de solicitud dirigida al Secretario (art. 40 ECIJ).

a.- La incoación del proceso mediante *notificación de un compromiso* debe efectuarse por ambas partes o por una de ellas. Si no se efectúa notificación conjunta, el Secretario debe transmitir inmediatamente a la otra la comunicación. La misma debe indicar, si no se incluye claramente en el compromiso, la identidad de las partes y el objeto preciso de la controversia (art. 39 RC).

b.- La *solicitud* debe contener, conforme al art. 38 RC: i) el Estado que la presenta; ii) el Estado contra el que se proponga la demanda; iii) el objeto de la controversia; iv) en la medida de lo posible, los fundamentos de derecho de la competencia de la Corte, la naturaleza de lo demandado y los hechos y fundamentos de la demanda.

Recibida la *solicitud* –firmada por el agente del estado, por representante diplomático u otra persona debidamente autorizada (art. 38.3 RC)–, el Secretario la notifica todos los interesados y también a los Estados miembros de Naciones Unidas y a los restantes Estados con derecho a comparecer ante la Corte (art. 41 ECIJ).

Cuando la competencia de la Corte dependa de un consentimiento todavía no otorgado por el estado demandado, se le notifica la *solicitud*, pero no se inscribe en el Registro General ni se realiza ninguna actuación procesal hasta que la competencia sea aceptada (art. 38.5 RC).

c- Como disposición común a la incoación del proceso por *notificación de compromiso* o por *solicitud*, el art. 42 RC contempla la transmisión de copia del escrito a: i) el Secretario General de Naciones Unidas, ii) los Miembros de Naciones Unidas; y iii) los demás Estados que tengan derecho a comparecer ante la Corte.

d.- Como especialidad procesal, el art. 87 RC prevé el cumplimiento de determinados requisitos del acto de incoación de los procesos que versen sobre

cuestiones que han sido ya objeto de procedimiento ante otro órgano internacional, a saber: i) la indicación en la solicitud de la decisión o el acto del órgano internacional, con aportación de copia, y ii) el planteamiento en términos precisos de las cuestiones suscitadas respecto a la decisión o acto, constitutivas del objeto de la controversia (*remisión especial a la Corte*).

e.- La incoación de *proceso sumario* ante una Sala de los arts. 26.1 o 29 ECIJ requiere petición al respecto en el documento de iniciación del proceso o en otro anexo. En caso de acuerdo entre las partes, la Corte debe aceptar la petición (art. 91 RC).

3. Fase escrita: planteamiento de las pretensiones y resistencias de las partes

La fase escrita comprende la presentación de *memorias*, *contramemorias* y *réplicas*, así como de las piezas y documentos en que las partes se apoyen (art. 43.2 ECIJ). En ella además pueden plantearse excepciones procesales, interponerse reconvencción y se efectúa la proposición de prueba.

a.- Los escritos alegatorios

La Corte establece, en cada caso, el número y orden de los escritos de las partes y su plazo de presentación, tomando en consideración el acuerdo al que hayan podido llegar las partes siempre que no se ocasionen un retraso injustificado (art. 44.1 y 2 RC). Dichos plazos son prorrogables por causa justificada, previa audiencia de la parte contraria (art. 44.3 RC).

En los procedimientos iniciados mediante *solicitud*, los escritos de alegación son una *memoria* del demandante y una *contramemoria* del demandado. Se admite la presentación de *réplica* y *dúplica* si las partes lo acuerdan o la Corte lo estima necesario de oficio o a instancia de parte (art. 45 RC).

En los procedimientos mediante *notificación de compromiso* el número y orden de los escritos de alegaciones se rigen por lo estipulado en el compromiso, salvo que la Corte decida otra cosa previa audiencia de las partes. Si el compromiso no contiene previsión al respecto y las partes no llegan a un acuerdo posterior cada una de las partes presentará una *memoria* y una *contramemoria* en el

mismo plazo y sólo cuando el tribunal lo estime necesario una *réplica* y una *dúplica*²⁷.

Los escritos alegatorios, firmados por el agente y fechados, se depositan en la Secretaría de la Corte, junto con sus copias (art. 52 RC)²⁸. El contenido de los escritos alegatorios de las partes se regula en el art. 49 RC.

La *memoria* contiene: i) exposición de los hechos en los que se basa la demanda; ii) los fundamentos de derecho; iii) las conclusiones.

La *contramemoria* alberga: i) el reconocimiento o negación de los hechos de la memoria y una exposición adicional de los hechos si procede; ii) discusión de los fundamentos de derecho de la memoria y exposición de fundamentos de derecho en respuesta; iii) conclusiones.

La *réplica* y la *dúplica* van dirigidas a poner de relieve los puntos que aún separan a las partes y no a reiterar los argumentos de cada una de ellas. Deben expresar las por separado conclusiones de las partes o confirmar las anteriormente realizadas²⁹.

En los procesos sumarios –tramitados ante una Sala– la fase escrita consiste en un solo escrito alegatorio por cada parte, salvo que las partes acuerden o la Corte disponga otra cosa de oficio o instancia de parte (art. 92 RC).

²⁷ La Directriz Práctica I desaconseja la presentación de memorias en el mismo plazo y exhorta a los Estados a llegar a acuerdos sobre el número y orden de escritos alegatorios, al suscribir el compromiso o posteriormente.

²⁸ Dicho precepto regula también la posible rectificación de los escritos, con el consentimiento de la otra parte o autorización del tribunal. El art. 53 RC regula la comunicación de los escritos alegatorios a otros Estados y su posible difusión pública a la apertura de la fase oral.

²⁹ La Directrices Prácticas II y III se refiere al contenido de los escritos alegatorios y solicita de las partes que al final se realice un extracto de los argumentos de cada una de ellas, la mayor concisión en su redacción y la unión de los documentos esenciales prescindiendo de otros anexos innecesarios.

b.- La presentación de documentos

Junto con los alegatos por escrito se deben acompañar los documentos en los que las partes funden sus pretensiones, mediante copia certificada completa o de los extractos necesarios (con depósito de copia completa en la Secretaría de la Corte a menos de que se encuentre publicado o sea fácilmente asequible³⁰, así como un listado de los documentos anexos (art. 50 RC).

Cerrada la fase escrita precluye la posibilidad de presentar documentos, salvo que ambas partes acuerden o el tribunal acuerde lo contrario. Presentado un nuevo documento, se otorga a la parte contraria la posibilidad de efectuar alegaciones sobre el mismo y aportar documentación al respecto, sin suspensión ni retroacción del proceso (art. 56 RC). Solo excepcionalmente se permite la presentación de documentos tras la finalización de la fase oral³¹.

c.- El planteamiento y la resolución de excepciones procesales

Los obstáculos procesales por ausencia de jurisdicción o cualquier otro derivada del incumplimiento de un requisito procesal que impida la válida emisión de una sentencia de fondo pueden ser observados de oficio por la Corte, con audiencia de las partes en los plazos que la misma señale (art. 79 RC), o pueden proponerse por el demandado, por escrito y en el momento más temprano posible, como muy tarde después de tres meses tras el traslado de la memoria, o por cualquier interviniente dentro del plazo del que disponga para la presentación de su primera solicitud a la Corte. El escrito de planteamiento de excepciones debe contener: i) una exposición de los hechos y fundamentos de derecho en los que se base; ii) las conclusiones; iii) una lista de los documentos que fundamenten la inadmisibilidad; y iv) la proposición de prueba. Al escrito deben acompañarse los documentos indicados. Presentada la solicitud, se suspende el proceso principal y se da traslado a la parte contraria para exponer sus observaciones y conclusiones, con aportación de documentos y proposición de prueba³². Por acuerdo de las partes toda excepción suscitada puede ser conocida en la sentencia sobre el

³⁰ Al respecto vide Directriz Práctica IXbis.

³¹ Directriz Práctica IX.

³² La Directriz Práctica V establece un plazo de un máximo de cuatro meses, como regla general.

fondo (art. 79 bis RC). Seguidamente, salvo decisión de la Corte en contrario, el procedimiento incidental continua de forma oral, con posibilidad de que la Corte invite a las partes al debate de puntos de interés y a producir medios de prueba. Oídas las partes la Corte decide sobre la excepción, aceptándola o rechazándola, o difiriéndola a la sentencia definitiva si no tiene un carácter exclusivamente preliminar (art. 79 ter).

d.- *La reconvencción*

El demandado, en lugar de limitarse a resistir la pretensión de la parte actora, puede plantear a su vez una pretensión contra el demandante, a través de demanda reconvenccional, siempre que: i) entre dentro de la jurisdicción de la Corte; y ii) tenga conexi3n con el objeto de la demanda de la otra parte. La reconvencción se formula en la *contramemoria* y debe figurar en sus conclusiones. Frente a ella la otra parte tiene derecho a formular respuesta por escrito. Las objeciones sobre la satisfacci3n de los requisitos de la reconvencción antes expuestos se resuelven por la Corte con audiencia de las partes, que tambi3n puede realizarse cuando el tribunal lo entienda necesario (art. 80 RC).

e.- *La proposici3n de prueba*

Antes de la apertura de la fase oral las partes deben proponer la prueba que vayan a emplear, tanto si la aportan directamente, como si solicitan que la obtenga la Corte, mediante comunicaci3n al Secretario. La proposici3n ha de adjuntar la lista de los testigos y peritos que se desea sean llamados, con indicaci3n de sus nombres y apellidos, nacionalidad, calidades y domicilios y concreci3n de los puntos acerca de los cuales se desea que declaren, con copia (art. 57 RC).

No obstante, la pr3ctica de la prueba no queda limitada a la iniciativa de las partes, pues la Corte puede pedir de cualquier persona, entidad, comisi3n u organismo la realizaci3n de una investigaci3n o la emisi3n de un dictamen pericial (art. 50 ECIJ).

4. Fase oral

El procedimiento oral consiste en la audiencia ante la Corte de agentes, consejeros, abogados, testigos y peritos (art. 43.5 ECIJ).

Las vistas se fijan por la Corte en el número, orden y distribución de contenidos que entienda pertinente el tribunal, con audiencia de las partes (art. 58 RC). La realización de las actas de las vistas corresponde al Secretario y se firman por el Presidente y el Secretario (art. 71 RC).

Antes de comenzar la vista la Corte puede solicitar de las partes la producción de cualquier documento o la dación de explicaciones sobre cualquier punto. La negativa al cumplimiento de la solicitud del tribunal queda reflejada en acta (art. 49 ECIJ). También al inicio o durante la vista la Corte puede indicar los puntos que desea que traten las partes los que entienda suficientemente debatidos. Así mismo, los miembros del tribunal, a través del Presidente, pueden hacer preguntas a los agentes, abogados o consejeros de las partes y solicitarles aclaraciones, para que contesten inmediatamente o en el plazo que se les conceda (arts. 61 y 62 RC). Si las contestaciones se reciben por escrito finalizada la fase oral se debe dar a la parte contraria la posibilidad de efectuar sus observaciones, con reapertura de dicha fase si es necesario (art. 72 RC). Las alegaciones orales de las partes deben ser sucintas, dirigidas a tratar los puntos que permanezcan controvertidos, sin reiteración de argumentos ya expuestos ante el tribunal por escrito (art. 60 RC)³³.

La Corte puede acordar la realización de investigaciones y la deposición de testigos y peritos de oficio, conforme al procedimiento que se determine, que debe asegurar la posibilidad de las partes de formular las oportunas alegaciones sobre el resultado de la prueba (arts. 60 y 67 RC). El coste de estas pruebas es asumido por la corte (art. 68). Antes de la terminación de la fase oral, la Corte también puede solicitar de una organización internacional pública información sobre cualquier asunto, de forma oral o escrita, o puede recibir la información que una organización internacional le remita por su propia iniciativa. La organización puede presentar una memoria antes del fin de la fase escrita. Una vez recibida, la Corte puede efectuar preguntas adicionales y autorizar a las partes a efectuar alegaciones orales o por escrito sobre la información. En caso de que la controversia recaiga en la interpretación de un instrumento internacional constitutivo de una organización internacional pública o concertado en virtud del

³³ La Directriz Práctica VI insiste en la necesidad de la brevedad en las alegaciones orales. La Directriz Práctica IXter se ocupa de la presentación de fotografías o presentaciones audiovisuales por las partes durante las vistas.

mismo, el Secretario ha de comunicar a la organización concernida la pendencia del proceso, con remisión de copia del expediente completo. La Corte puede fijar un plazo para que la organización presente sus observaciones por escrito, que pueden ser discutidas por las partes y por el representante de la organización en el curso de la fase oral del procedimiento (art. 34.2 y 3 ECIJ y 43 y 69 RC)³⁴.

Las partes pueden hacer comparecer ante el tribunal a los testigos o peritos incluidos en las listas comunicadas al tribunal. La presentación de otros testigos o peritos depende del consentimiento de la parte contraria o de la autorización del la Corte (art. 63 RC). La deposición de testigos y peritos se rige por el RC (art. 51 ECIJ). Tanto unos como otros deben declarar decir la verdad³⁵. Los interrogatorios se efectúan por los agentes, consejeros o abogados de las partes bajo la autoridad del Presidente. Los jueces también pueden dirigir preguntas a los declarantes., que antes de deponer deben permanecer fuera de la sala (art. 65 RC).

Aunque el tribunal decide sobre el orden de las alegaciones y la práctica de la prueba en las vistas, la posibilidad de las partes realizar consideraciones sobre la prueba tras su práctica debe respetarse (art. 58 RC).

Las pruebas recibidas fuera del plazo establecido por el tribunal sólo son admisibles si las partes se muestran de acuerdo (art. 52 ECIJ).

Finalizada la audiencia, la Corte se retira a deliberar en secreto (art. 54 ECIJ).

En los procedimientos sumarios –tramitados ante una Sala– puede prescindirse de la fase oral por acuerdo de las partes, siempre que la Sala lo acepte. En tal caso la Sala queda autorizada a solicitar de las partes información o explicaciones (art. 92.3 RC).

5. Ausencia de la parte demandada

La ausencia de la parte demandada cualquiera de las partes permite a la otra solicitar del tribunal que dicte sentencia a su favor, aunque la Corte no sólo

³⁴ La presentación de informes por Organizaciones No Gubernamentales por su propia iniciativa es tratada por la Corte como una publicación de dominio público, según la Directriz Práctica XII.

³⁵ Las fórmulas de declaración se encuentran en el art. 64 RC.

debe controlar la concurrencia de jurisdicción para pronunciarse, sino también el fundamento de hecho y derecho de la pretensión de la actora (art. 53 ECIJ).

X. FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

El RC contempla dos formas anticipadas de terminación: el desistimiento y la transacción, en los arts. 88 y 89. El desistimiento puede efectuarse en cualquier momento antes de emitirse sentencia sobre el fondo y para que ponga fin al proceso debe ser bilateral, salvo que se produzca antes de que el demandado haya realizado cualquier actuación procesal, caso en el que se admite el desistimiento unilateral. La aceptación del desistimiento por el demandado –cuando resulta necesario– puede ser expreso o tácito, por ausencia de respuesta a la comunicación del desistimiento en el plazo que la Corte establezca. Si las partes han convenido el desistimiento del proceso por haber alcanzado un acuerdo amistoso, pueden solicitar de la Corte que haga constar tal hecho o los términos del arreglo.

XI. LA SENTENCIA

La sentencia es motivada y debe indicar los nombres de los jueces que la han dictado (art. 56 ECIJ). Si el fallo no es unánime los discrepantes pueden hacer constar su opinión disidente, motivadamente o en forma de declaración (art. 57 ECIJ y 95 RC)³⁶. Firmada por el Presidente y el Secretario, la sentencia es notificada a los agentes y después leída en sesión pública (art. 58 ECIJ).

La sentencia tiene el siguiente contenido: i) la fecha de su lectura; los nombres de los jueces que han participado en ella; los nombres de las partes; los nombres de los agentes, consejeros y abogados de las partes; un resumen del procedimiento; las conclusiones de las partes; las circunstancias de hecho; los fundamentos de derecho; la parte dispositiva; la decisión, en su caso, con respecto a las costas³⁷; la indicación del número y nombre de los jueces que han constituido la mayoría; la indicación del texto del fallo que hará fe (art. 95.1 RC).

³⁶ A las restantes resoluciones del tribunal se le aplica la misma norma (art. 95.2 RC).

³⁷ Como criterio general, cada parte asume sus propias costas, aunque el tribunal puede tomar otra decisión (art. 64 ECIJ).

La sentencia obliga a las partes en litigio y al caso que ha sido decidido (art. 59 ECIJ)³⁸ y despliega los efectos de la cosa juzgada formal y material, al ser *inapelable* y *definitiva* (art. 60 ECIJ).

En caso de desacuerdo sobre el alcance o sentido del fallo, el tribunal lo interpreta a solicitud de parte, que habrá de presentar *demanda de interpretación del fallo* (art. 60 ECIJ), mediante *declaración* o *notificación de compromiso* a tal efecto. Si se presenta *declaración*, la Corte otorga plazo de alegaciones a la parte contraria. En cualquier caso, el tribunal puede solicitar ampliación de la información por escrito u oralmente (art. 98 RC).

XII. REVISIÓN

Como medio de ruptura del efecto de cosa juzgada material ante la aparición de un hecho nuevo del que se desprenda la injusticia de la decisión adoptada, se permite la revisión de la sentencia cuando se cumplan los siguientes requisitos, establecidos por el art. 61 ECIJ: i) relevancia decisiva del hecho; ii) desconocimiento del mismo por la Corte y por la parte que insta la revisión; iii) ausencia de negligencia en dicha parte; iv) solicitud de rescisión en el plazo de seis meses desde el descubrimiento del hecho nuevo, dentro del plazo máximo de diez años desde el dictado de la sentencia.

La demanda de revisión se presenta mediante solicitud, a la que debe acompañarse los documentos que fundamenten la pretensión rescisoria. En el plazo fijado por la Corte, la parte contraria puede presentar sus alegaciones. Posteriormente puede volverse a solicitar a las partes que expresen sus opiniones. En caso de cumplirse los requisitos, la Corte dicta una resolución *rescindente* que abre paso al juicio *rescisorio* sobre el fondo, para el cual se establecen los plazos oportunos con audiencia de las partes (art. 99.1 a 4 RC).

³⁸ Conforme prevé el art. 95 de la Carta, los Estados miembros de Naciones Unidas deben cumplir las decisiones de la CIJ adoptadas en los litigios en los que sea parte (art. 94.1). Si un Estado no satisface dicha obligación la parte contraria puede instar la intervención del Consejo de Seguridad, al cual se le permite efectuar recomendaciones o dictar medidas con el fin de lograr la ejecución del fallo (art. 94.2).

La solicitud de revisión no suspende necesariamente la ejecución de la sentencia. Queda a criterio del tribunal, que puede condicionar la admisión de la demanda de revisión al cumplimiento del fallo, dictando resolución a tal efecto (art. 99.5).

XIII. MEDIDAS CAUTELARES

La Corte tiene asignado un *poder cautelar general*, fundado en la necesidad de garantizar durante el curso del proceso la efectividad de la sentencia que pueda dictarse, asentado sobre los clásicos principios de la *apariencia de buen derecho* y del *peligro por el retraso*, que es expresa en el art. 41 ECIJ, el cual autoriza a adoptar las medidas provisionales que permitan resguardar los derechos de las partes, cuando lo exijan las circunstancias. Dichas medidas han de ser inmediatamente notificadas a las partes y al Consejo de Seguridad.

El procedimiento cautelar se inicia con una demanda incidental que debe indicar los motivos en los que se funda, las consecuencias en caso de que se rechace y las medidas solicitadas (art. 73 RC). El procedimiento, de carácter oral, tiene carácter preferente. Antes de la reunión de la Corte, el Presidente puede invitar a las partes a actuar de forma que la posterior resolución que pueda adoptar el tribunal pueda surtir los efectos deseados (art. 74 RC). Pero el poder cautelar de la Corte puede ejercerse también de oficio, para acordar medidas en casos en los que las partes no las hayan pedido o para dictar otras total o parcialmente diferentes a las que hayan sido solicitadas, incluso cuando hayan de ser cumplidas por la parte que haya instado el procedimiento cautelar (art. 75.1 y 2RC)³⁹.

La resolución sobre las medidas cautelares no impide el planteamiento posterior de medidas rechazadas si la petición se basa en hechos nuevos (art. 75.3). Por otro lado, en virtud de su sumisión a la cláusula *rebus sic stantibus*, el cambio de circunstancias autoriza al tribunal, a instancia de parte o de oficio, a modificar las medidas adoptadas, previa audiencia de la parte contraria (art. 76 RC). La modificación de las medidas también debe ser notificada al Consejo de Seguridad a través del Secretario General de Naciones Unidas (art. 77 RC).

³⁹ Para la ejecución de las medidas cautelares la Corte puede solicitar información a cualquiera de las partes (art. 78 RC).

LA NEGOCIACIÓN Y LA MEDIACIÓN COMO NUEVOS ÁMBITOS DE LOS ESTUDIOS PROCESALES

Jesús Sáez González

Profesor Titular de Derecho Procesal (Universidad de Cádiz)

Inicialmente había pensado titular este trabajo como «los terrenos olvidados de la ciencia procesal», pero parecía una exageración, cuando no una inexactitud. A pesar del poco espacio que ocupan materias como la negociación o la mediación en los cursos de Derecho procesal, no deja de ser cierto que no es una materia olvidada puesto que no son pocos los trabajos que las han tenido como objeto de estudio¹. En cualquier caso, centrándonos en el ámbito del proceso civil, y por derivación en todos los ámbitos procesales en los que las partes tienen poder de disposición, no puede negarse la escasa atención que se presta en nuestros cursos de grado a la solución de los conflictos por otras vías que no sean las estrictamente jurisdiccionales. Podría argumentarse a favor de esta exclusión que el objeto de nuestra disciplina es el estudio de la actividad judicial, los procesos que se siguen ante los tribunales de justicia, y que otros medios de solucionar los conflictos quedan fuera de nuestro ámbito de estudio. En tal

¹ Entre otros muchos trabajos, véanse, por ejemplo: AVILÉS HERNÁNDEZ, Ángel, DÍAZ DE REVENGA GIMÉNEZ, María, JOVER COY, Elena: “La mediación. El abogado ante el proceso de mediación”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 48, 2014, págs. 14-45. ALONSO SALGADO, Cristina, CASTILLEJO MANZANARES, Concepción, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: *La mediación*. 2020. BARONA VILAR, Silvia: “¿Qué y por qué la mediación?”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar e hipotecario: cuestiones de actualidad*, 2013, págs. 13 a 50. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: “La mediación”, en *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, 2017, págs. 497 a 601. LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, Mercedes: “La mediación mercantil: especial referencia a la mediación en el marco concursal”, *Diario La Ley*, núm. 8225, 2014. LÓPEZ SIMÓ, Francisco: “Las partes en mediación”, *La mediación en materia civil y mercantil: Análisis de la normativa de la UE y española*, 2014, págs. 160 a 212. MARQUÉS CEBOLA, Cátia, MARTÍN DIZ, Fernando: *La mediación*, Marcial Pons, 2013. *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, 2018; *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Consejo General del Poder Judicial, 2010; “Mediación en Derecho privado”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 33, 2014. MARTÍN NÁJERA, María Teresa, “la mediación intrajudicial”, *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 5, 2005, págs. 147-182. SAN CRISTÓBAL REALES, Susana: “La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV (2011) 277-302.

caso habría que preguntarse qué hacen esas páginas dedicadas al arbitraje en nuestros manuales. Tanto desde la perspectiva que ofrece la *lex data* como desde una perspectiva *lege ferenda*, el proceso civil se encuentra ligado a una serie de instituciones que merecerían mayor atención docente, ya que investigador, como hemos dicho, no han faltado aportaciones.

Después del arbitraje, la mediación es el instrumento que ha merecido mayor atención por parte del legislador y de los operadores jurídicos en orden a la resolución de conflictos a través de medios alternativos. A ello ha venido a contribuir sin duda alguna la *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Fue traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación y asuntos civiles y mercantiles*. En realidad, la Ley 5/2012 hizo bastante más que trasponer la directiva, ya que esta última se limitaba "a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios fronterizos en asuntos civiles y mercantiles", elaborando un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España². Estas normas mínimas crearon una base normativa muy simple, lo que no debe entenderse necesariamente como algo negativo, estructurado a través de los veintisiete artículos que integran sus cinco Títulos y, tras unas disposiciones generales, los principios informadores de la mediación, el estatuto del mediador, el procedimiento de mediación y la ejecución de los acuerdos.

En el ámbito judicial no puede decirse que la nueva Ley de mediación haya sido acogida con gran entusiasmo por los operadores forenses ni por las partes llamadas a participar en este medio de solución de conflictos. De acuerdo con los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial, en el año 2019 los juzgados de lo civil y mercantil resolvieron unos 2.085.671³ asuntos en primera instancia⁴. En ese mismo año natural, el número de asuntos derivados a mediación fue de 4.769⁵. Ciertamente que entre el total de los procedimientos

² Párrafo cuarto del número II del Preámbulo de la Ley 5/2012.

³ De esa cantidad, los Juzgados de lo Mercantil resolvieron 80.568 asuntos.

⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/> (Última consulta: 2·8·2020).

⁵ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/>

judiciales que se recoge esa cifra habría asuntos con materias no disponibles por las partes, pero el dato nos sirve para hacer una aproximación al peso que tiene la mediación sugerida por los órganos judiciales con respecto al total de los asuntos que terminan en un juzgado de lo civil o de lo mercantil. Los datos muestran una proporción similar en los años anteriores. En cualquier caso, a pesar de que una actitud optimista pueda reseñar las innegables ventajas de la mediación, como medio alternativo a la jurisdicción para la resolución de los conflictos y el impacto positivo que dentro de los países pertenecientes a la Unión Europea ha tenido, lo cierto es que en el caso español los resultados han sido bastante pobres.

En el año 2016 se presentó un Informe por la Comisión Europea al Consejo Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la directiva 2008/52/CE. Después de mencionar los importantes pasos que la directiva supuso, se mencionan algunas dificultades surgidas en la práctica. Varios de los participantes consultados de cara a la elaboración del informe pusieron de manifiesto el desconocimiento general de la existencia y de las ventajas de este medio, la falta de confianza de los ciudadanos en el mismo así como la escasa disposición de los jueces a invitar a las partes a recurrir a la mediación. En la raíz de estos obstáculos aparecen dos causas comunes en varios países: el desconocimiento de la mediación y la falta de confianza por parte de los ciudadanos en este instrumento, debidos uno y otra, al parecer, a factores culturales⁶.

Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/ (Última consulta: 2-8-2020).

⁶ RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN SUR L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2008/52/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL SUR CERTAINS ASPECTS DE LA MÉDIATION EN MATIÈRE CIVIL ET COMMERCIALE: "*Néanmoins, certaines difficultés liées au fonctionnement, dans la pratique, des systèmes nationaux de médiation ont été constatées. Ces difficultés tiennent principalement à l'absence de «culture» de la médiation dans les États membres, à une connaissance insuffisante du mode de traitement des affaires transfrontières, au manque de sensibilisation à la médiation et au fonctionnement des mécanismes de contrôle de la qualité pour les médiateurs. Plusieurs participants à la consultation publique ont affirmé que la médiation n'était pas encore suffisamment connue et qu'il fallait encore un «changement culturel» pour amener les citoyens à faire confiance à la médiation. Ils ont également souligné que les juges et les tribunaux demeuraient peu enclins à inviter les parties à recourir à la médiation*". Bruxelles, le 26.8.2016, 542 final, página 4.

Sobre la cultura de los pueblos europeos como causa del lento progreso de la mediación tal vez habría que precisar qué es lo que se entiende aquí por "cultura". Tanto en la versión inglesa del Informe como en la francesa, las dos versiones que he manejado, la palabra *culture* aparece entrecomillada. Esto quiere decir que realmente podemos entender el término no en su sentido estricto, sino en un sentido amplio. No creo que acudir a una tercera persona que nos ayude a conseguir algo de otra sea algo ajeno a nuestra cultura española. Más bien cabría entenderse que no es habitual en nuestra sociedad acudir a terceros que nos ayuden a arreglar los asuntos, cuando se trata de esos temas que entendemos que solo la intervención de un juez puede dar una solución clara y segura a nuestro conflicto. Simplemente nos fiamos más de esa figura envuelta en toga y con vuelillos en las bocamangas que de un tercero, y no es porque el tercero no pueda ayudarnos a ponernos de acuerdo, es que, después haberlo conseguido, tal vez la otra parte termine por incumplir lo pactado y a la postre haya que acudir a un tribunal para obtener la tutela de nuestro derecho. Si entendemos por falta de cultura el hecho de que no sea habitual acudir a la mediación y que en los distintos países pueda haber motivaciones para no hacerlo, bien está; pero considerar que existen otras razones vinculadas al carácter de las personas ya no parece tan claro. Más bien, esta huida de la mediación como medio para solucionar conflictos y en su lugar acudir a la vía judicial se debe a que no se ha visto hasta ahora qué utilidad o que ventajas supone hacerlo. No se puede olvidar un dato tan importante como significativo. Este movimiento a favor de la mediación no nace de las percepciones y de las críticas de los justiciables a la justicia, sino, precisamente, de quienes estando relacionados con la actividad de los tribunales ven con preocupación los problemas que se derivan del exceso de carga que crean esos justiciables cuando prefieren acudir a un juzgado antes que solucionar el problema entre ellos. Por eso, tal vez, más que en la "cultura" de una sociedad habría que tener en cuenta el otro elemento que también se menciona en el Informe: el desconocimiento de las ventajas que puede suponer para las partes llegar a un acuerdo en vez de someter un pleito a un tribunal, y de la existencia de este instrumento de mediación para intentar conseguir ese acuerdo cuando las partes por sí mismas no son capaces de hacerlo.

En lo que toca a la desconfianza habría que señalar que no se trata solo de la que puedan mostrar las partes envueltas en un conflicto. El avance de la mediación se ve frenado por una serie de dudas no resueltas en la Ley 5/2012 y que van más allá de las que pueda generar la solución al conflicto auspiciada

por personas no togadas. Estas dudas han emergido aún con más claridad si cabe tras la aprobación por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, el 11 de enero de 2019.

En su Exposición de Motivos, reconoce el Anteproyecto que la normativa española sobre mediación, –la Ley 5/2012, de 6 de julio, y el Real Decreto Ley 980/2013– de 13 de diciembre, nació “con la vocación decidida de asentar en nuestro país la mediación como instrumento de autocomposición eficaz de controversias surgidas entre sujetos de Derecho privado en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible” ... “No obstante, desde la entrada en vigor de la ley, el 27 de julio de 2012, no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación”⁷. Su finalidad estaba clara: “El objetivo perseguido es articular formulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas entre particulares”⁸. El Anteproyecto asume, casi literalmente, las valoraciones y da por ciertas las dificultades con que han topado los deseos en favor de una mayor utilización de la mediación como alternativa al proceso judicial⁹. Para conseguir impulsar su uso establece una serie de medidas de entre las que habría que destacar, al margen de otras, tres: la obligación de intentar llegar a un acuerdo a través de la mediación en determinadas materias antes de iniciar un proceso declarativo¹⁰, la posibilidad reconocida al juez de derivar el

⁷ Número I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

⁸ *Ibidem*, Número II.

⁹ “Actualmente, la mediación en España se encuentra obstaculizada por una cultura ajena a esta forma particular de resolución de conflictos intersubjetivos. Continúa siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad. Por todo ello, se ha considerado que dicho proceso podría experimentar un significativo impulso a través de medidas legislativas de índole procesal sin olvidar que una labor de concienciación y de formación de todos los actores involucrados en este ámbito puede ser una solución eficaz a largo plazo”. Último párrafo del número I de la Exposición de motivos.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 6 del Anteproyecto, sería obligatorio que las partes en conflicto acudieran a la mediación antes de iniciar un proceso declarativo en los siguientes casos:

- a) Medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad.
- b) Responsabilidad por negligencia profesional.

asunto a una mediación previa¹¹, y finalmente, y no por ello menos importante, la modificación de los planes de estudio, específicamente del grado en Derecho, y de forma genérica de otros grados, de modo que incluyan una materia sobre mediación que debe cursarse de manera obligatoria¹².

La propuesta del Anteproyecto de obligar a acudir a una mediación antes de iniciar determinados procesos parece que es la única medida que de hecho podría conseguir que cada uno de los sujetos intervinientes en un pleito terminaran por “acostumbrarse” al uso de esta medida. Como idea, está bien, pero lo mismo podría decirse del arbitraje, del acto de conciliación, o de algún nuevo instrumento procesal que encauzara la negociación directa de las partes.

En el extinto procedimiento de mayor cuantía de la anterior LEC, un procedimiento escrito en su mayor parte, destinado al enjuiciamiento de los asuntos más complejos de mayor cuantía, era preciso celebrar obligatoriamente un acto de conciliación antes de presentar la demanda. Al hacerlo el actor debía acompañar al escrito de dicho acto de parte el acta en la que constara que el acto

-
- c) Sucesiones.
 - d) División judicial de patrimonios.
 - e) Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles.
 - f) Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación.
 - g) Alimentos entre parientes.
 - h) Propiedad horizontal y comunidades de bienes.
 - i) Derechos reales sobre cosa ajena.
 - j) Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual.
 - k) Reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo.
 - l) Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra.
 - m) Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen.
 - n) Procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario.

¹¹ Esta novedad vendría de la mano de una modificación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 5/2012 al que se le añadiría una nueva letra c) cuyo tenor sería [1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse]: “Por decisión judicial en los casos previstos en la legislación procesal”.

¹² Disposición adicional segunda del Anteproyecto. “Inclusión de la mediación en planes formativos. En el plazo de un año desde la publicación de esta ley se llevarán a cabo las reformas precisas para modificar los planes formativos del grado en Derecho y otros grados que se determinen por acuerdo del Consejo de Ministros para incluir la mediación como asignatura obligatoria”.

de conciliación se había celebrado sin haberse llegado a un acuerdo o que no llegó a celebrarse por no haber comparecido el ahora demandado. En realidad el acto en la inmensa mayoría de los casos no se convertía en la práctica sino en un mero aviso de las intenciones del actor de iniciar el procedimiento. En el escrito en el que se solicitaba la celebración del acto el actor debía exponer los elementos que constituirían la posible demanda posterior en caso de que la conciliación no diera sus frutos. Al hacerlo, el futuro demandante descubría sus cartas al tiempo que le daba al demandado la oportunidad de disponer de un plazo mayor para organizar su defensa. Ni que decir se tiene que en no pocas ocasiones el demandado se limitaba a no comparecer, con lo que lo único que se conseguía era, además de conocer las intenciones del actor, dilatar el comienzo del procedimiento. De aquella experiencia debería extraerse una lección y es que no por obligar a las partes a realizar un acto procesal queda asegurado el éxito pretendido del mismo.

Deberíamos tener en cuenta los datos que nos ofrecen las estadísticas oficiales de los resultados de la mediación. De los 4.769 asuntos derivados a mediación el año 2019, terminaron con avenencia 553 y sin avenencia 2.688. El año anterior se derivaron a mediación 4.937 asuntos, lográndose avenencia en 537 de ellos y no llegándose a un acuerdo en 2.437¹³. ¿El hecho de hacer obligatorio acudir a las partes a una mediación va a lograr que los resultados mejoren? Ciertamente se podrá decir que siempre cabe la esperanza de suponer que con ello se obtendrá en todo caso un alivio sobre la carga de trabajo que soportan los tribunales. Dicho de otro modo, el porcentaje de asuntos en los que se ha llegado a una avenencia en estos años ha sido de 11% aproximadamente (11,26% en 2019)¹⁴. Si ese porcentaje se aplicara al total de asuntos civiles y mercantiles

¹³ Datos obtenidos a través de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/> (Última consulta: 2·8·2020).

¹⁴ Estos datos contrastan con los de otros países. Por ejemplo, de acuerdo con el Barómetro de 2018 del CMAP, institución creada por la Cámara de Comercio de París, el índice de avenencias judiciales ronda el 55%, mientras que las voluntarias (extrajudiciales) llegan al 69%: *“Depuis dix ans, nous constatons que 70% des dossiers aboutissent à un accord, en moyenne, au terme d’une quinzaine d’heures. La remarquable stabilité de ces deux indicateurs témoigne de l’attractivité de la médiation, notamment pour les entreprises. Il convient de noter, néanmoins, un taux d’accord en médiation conventionnelle supérieur de 14 points à celui de la médiation judiciaire (69% contre 55%)”*.

<https://www.lemondedudroit.fr/institutions/65061-barometre-cmap-2019-mediation-sintegre-aujourd'hui-davantage-strategie-contentieuse-desentreprises.html> (Último acceso: 3.8.2020).

tramitados en ese año, algo más de 2.000.000, el número de asuntos que no habrían llegado a nuestros tribunales hubiera sido de unos 220.000 frente a los algo más de 500 de estos dos últimos años, lo que realmente habría supuesto un alivio, pobre, pero un alivio a fin de cuentas. Ciertamente que estos cálculos no son más que simples aproximaciones trazadas con un pincel muy grueso y que no se han tenido en cuenta tantos factores imprescindibles para obtener un resultado exacto, pero ofrecen una imagen de lo que podría suponer. Cualquier dato que superare el medio millar de avenencias actuales sería valorado de forma positiva. Aunque no se llegare a esa cifra gruesa de doscientos mil mediaciones, pasar a obtener una cifra de treinta mil o cincuenta mil acuerdos por mediación ya sería valorado de forma muy positiva. Esas mismas cifras son las que deberían llevarnos a no contentarnos con los posibles resultados y a investigar cuáles son realmente los motivos que hacen que el índice de éxito en la mediación sea tan manifiestamente mejorable; estudio que, por razones evidentes, excede de los límites del presente trabajo, pero que deberá tener muy en cuenta tanto el papel que los abogados están llamados a jugar en la mediación judicial como los múltiples aspectos económicos que se derivan de su utilización.

Si de lo que se trata es de influir en los hábitos y en las costumbres de las personas hasta conseguir un cambio de "cultura", la propuesta de integrar el estudio de la mediación en los planes de estudio del grado en Derecho, en particular, y del resto de los grados, en general, parece una idea aceptable. Por su propia entidad debería ubicarse dentro de las materias propias del Derecho procesal, tanto por sus precedentes temáticos (estudio del arbitraje), como por las vinculaciones de la materia con la solución de los conflictos (estudio del proceso jurisdiccional). El anteproyecto no expresa los créditos que deberían corresponder a esta materia, lo cual es comprensible, pero no cabe duda de que, sea cual sea su número, conseguir que los alumnos adquieran habilidades y competencias en esta materia puede resultar beneficioso de cara a ese cambio de cultura, aunque hay que subrayar que sería un auténtico desperdicio limitarla a la mediación y dejar pasar la ocasión para que los alumnos pudieran adquirir habilidades y competencias en otras materias vinculadas a esa "cultura", especialmente la negociación.

Muy frecuentemente se confunden negociación y mediación. No son lo mismo aunque en la práctica puedan ejercerse de forma simultánea. La negociación es una actividad, es el alma de cualquier acuerdo y, por consiguiente, está

presente en la mediación y en otras actuaciones procesales y pre-procesales cuyo fin es llegar a acuerdos y evitar el recurso a los tribunales y que se encuentran infrautilizadas. Del mismo modo que poníamos en duda que el término cultura fuera el más adecuado para explicar el bajo índice de utilización de la mediación, sí lo es en el caso de la negociación. Una sociedad que negocia, bien o mal, pero que negocia, es una sociedad que transige, que concilia, que media, que llega a acuerdos. Nuestras leyes establecen una serie de instrumentos que podrían conseguir que el número de procedimientos judiciales disminuyera ostensiblemente y que son directamente ignorados, al margen de por otros motivos, por una falta de cultura negociadora. Cuando pleiteamos no queremos solo ganar, queremos que alguien revestido de autoridad nos diga que tenemos razón.

La negociación tiene valor por sí misma como actividad que debe desembarcar en un acuerdo que elimine el conflicto. Tiene sus propias pautas y técnicas que difieren de las de otros medios en la medida en que es una actividad que se desarrolla de parte a parte, sin intermediarios. Mientras que la mediación o el acto de conciliación se basan en parte en la negociación, esta opera por sí misma y deja de tener entidad propia para convertirse en otro medio si intervienen sujetos distintos a las partes. En la negociación no hay árbitros ni mediadores ni hay terceros componedores que con templanza busquen aproximar los intereses de las partes, solo hay partes en conflicto y con frecuencia mucha pasión (una de las primeras lecciones que debe aprender el negociador), dos elementos que marcan diferencias notables con respecto a la mediación y, por supuesto, con el arbitraje. El que en la negociación puedan intervenir profesionales de la abogacía no distorsiona esta realidad de partes. Aunque sean terceros diferentes a las partes vinculadas directamente con el conflicto como profesionales defienden los intereses de aquellos y se implican como tales en la negociación.

El beneficio de la negociación es doble en el sentido de que, no solo pacifica las posiciones de las partes alejando el conflicto, además evita que tengan que acudir a los tribunales. Tiene naturaleza transversal, porque puede constituir por sí sola un medio alternativo al proceso como servir a otros medios para que cumplan igual objetivo. Su ámbito natural se halla, bien entre las relaciones directas que mantienen las partes entre las que puede aparecer el conflicto, bien entre los letrados que defienden los intereses de esas partes. ¿Se nace negociador? Hay personas que careciendo de los más elementales estudios son magníficos negociantes. No hace falta buscar demasiado. Entre otros muchos ámbitos, pueden

ser hallados entre los tratantes de feria que van de pueblo en pueblo, entre los corredores de fincas y entre quienes ejercen tantas actividades profesionales. Pero la negociación no solo se vincula al mundo del comercio. Desde que nos levantamos por la mañana estamos negociando con las personas que tenemos alrededor cómo desarrollar nuestra vida. Quién recoge a los niños del colegio, qué película vamos a ver, o quién pasa antes por una puerta forman parte de las múltiples negociaciones que realizamos a lo largo del día. De ahí que también encontremos un negociador en cada una de las personas con las que convivimos y, aunque no hayamos caído en la cuenta de ello, en nosotros mismos. Peor o mejor todos negociamos, con dureza o sin ella, por posiciones o por intereses. Aprender las técnicas que nos pueden ayudar resulta muy conveniente para evitar los conflictos o para solucionarlos del mejor modo posible. Adquirir por los alumnos de Derecho habilidades y competencias como negociadores parece muy positivo. Tal vez en el futuro sea una materia que se estudie en la enseñanza secundaria, pero, hoy por hoy, parece realmente productivo para quienes piensan ejercer el Derecho desde cualquiera de sus múltiples posibilidades. Adquirir estas competencias y estas habilidades contribuiría mucho a ese cambio de cultura al que hace mención el Informe de la Comisión Europea que antes hemos citado.

Sucede, además, que para llegar a una conciliación, o para conseguir cerrar un acuerdo en una audiencia previa es fundamental querer negociar y saber hacerlo. Sí, hay otros elementos que es imprescindible tener en cuenta para que todos esos medios de resolución de conflictos funcionen, pero en estas páginas nos hemos centrado en la atención que la ciencia procesal presta a esos otros medios alternativos para resolver conflictos y, desde esta perspectiva, los textos de los alumnos de grado deben contener páginas que les permitan iniciarse en la adquisición en las habilidades y competencias del negociador. Ese cambio de cultura que reclama la Comisión Europea pasa por un cambio de mentalidad, y un cambio de mentalidad empieza en los libros de texto.

La negociación no es solo una praxis que se desarrolla fuera del proceso. La propia Ley de enjuiciamiento civil nos empuja en determinadas situaciones a negociar dentro del mismo procedimiento, y no lo hace de forma abstracta, literalmente nos pone ante la oportunidad y en la tesitura de negociar para evitar o solucionar un conflicto. En el párrafo segundo del número 1 del artículo 414 se dice: "En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el

conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma". Este artículo 414 nos sitúa en el acto de la audiencia previa del juicio ordinario. Claramente establece que las partes deben ser informadas de la posibilidad que tienen de recurrir a una negociación. Una disposición semejante encontramos en el párrafo segundo del número 1 del artículo 440. En este caso nos hallamos ante la regulación de la citación para la vista del juicio verbal. Su tenor dice lo siguiente: "En la citación se fijará el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma". Aquí, como en el artículo anterior, la LEC habla directamente de negociación y la distingue de la mediación.

Centrándonos ahora en la audiencia previa, no cabe duda de que entre sus objetivos está el de evitar la continuación del procedimiento tratando de que las partes lleguen a un acuerdo, es decir: negociando. Se desprende con toda claridad no solo del artículo 414, sino de la propia Exposición de Motivos de la LEC. En el párrafo segundo del apartado X se dice:

"En la audiencia previa, se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes".

Se podrá argumentar que cuando se llega a este momento en el que el actor ha presentado la demanda, el demandado ha procedido a su contestación y se ha llegado a la audiencia previa pocas opciones quedan para la negociación. A este respecto hay que recordar que el número 4 del artículo 19 de la LEC permite la suspensión del procedimiento hasta sesenta días¹⁵. Es evidente que, si existe

¹⁵ "Artículo 428. Fijación de los hechos controvertidos y posible sentencia inmediata.

2. A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. En su caso, será de aplicación al acuerdo lo dispuesto en el artículo 415 de esta Ley".

un interés negociador, sesenta días es un plazo más que suficiente en muchos casos para poder llegar a un acuerdo. En la práctica diaria, sin embargo, son pocos los acuerdos a los que se llega en esta fase del procedimiento, quedando reducido el acto a fijar el objeto del proceso y a sanear de vicios el procedimiento. Se pierde así una buena ocasión para evitar la continuación del proceso. No cabe duda de que, al margen de otros motivos, la falta de una cultura negociadora es una de sus causas¹⁶.

La negociación es una gran desconocida para la ciencia procesal, siendo tan importante tanto por ser un medio fundamental para evitar conflictos por sí misma, como por ser el instrumento a través del cual otros medios con el mismo fin pueden alcanzar sus objetivos. A ello habría que añadir que, como hemos visto en las páginas que anteceden, las leyes procesales regulan opciones para la negociación que son habitualmente ignoradas en la práctica. Un avance en la cultura de la negociación y en su estudio desde la óptica procesal no cabe duda de que revitalizaría otros medios alternativos para solucionar conflictos, medios que están previstos en la Ley y que no gozan del valor que deberían. Sin ir más lejos, los diferentes números del artículo 19 aportan en su regulación información importante. En su número 1 se mencionan algunos de esos medios: allanamiento, desistimiento, denuncia. Su número 2 centra de forma específica la transacción judicial. El número 3 determina el momento procesal en el que pueden realizar la transacción y el resto de los actos de disposición del objeto del proceso. Y, finalmente, el número 4 regula una opción realmente importante: la posibilidad de suspender el curso del procedimiento durante un plazo máximo de sesenta días, suspensión dirigida a permitir que las partes dialoguen y que lleguen a un acuerdo que puede revestir la forma de cualquiera de las figuras mencionadas para poner fin al proceso. Aunque no se dice específicamente cuál es la finalidad de dicha suspensión, un elemental análisis sistemático de la norma nos conduce inexorablemente a la conclusión de que tal posibilidad se establece para que las partes puedan negociar y llegar a alguno de los resultados que menciona¹⁷.

¹⁶ En el caso del *Code de Procédure Civile* francés, su artículo 21 es muy claro al respecto: “Entra dentro de la misión del juez conciliar a las partes”.

¹⁷ Artículo 19.1: 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

Merece una atención particular la figura de la transacción. Transigir es llegar a un acuerdo sobre algo. El término se utiliza a veces como sinónimo de ceder en el sentido de aceptar algo porque no se tiene fuerza de voluntad suficiente para mantener una posición. De algún modo, cuando se emplea el vocablo transigir en este sentido se entiende como derrota o pérdida de argumentos. Vendría a coincidir con la primera de las acepciones de la palabra en el DRAE: "Consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia". No es ese el significado de la palabra ni el sentido que le da la LEC, que más bien vendría a coincidir con la segunda de las acepciones que le da el Diccionario: "Ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa". Pero, sobre todo, transigir es acordar o, como recoge el artículo 1809 del Código civil, "la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". No se puede llegar a una transacción sin negociación.

¿Sería ventajoso para reducir la carga del trabajo "superfluo" de nuestros tribunales potenciar el ámbito de la negociación a fin de que las partes pudieran transigir? Más aún, ¿en vez de recurrir a la mediación para llegar a un acuerdo sobre el lugar en que se vaya a celebrar la comunión del niño no sería más sencillo en bastantes ocasiones que fueran las partes, sus letrados, quienes trataran de lograr el acuerdo? Al margen de un cambio en la cultura de la negociación, totalmente necesario, se echa de menos alguna pauta o recomendación sobre el modo de articular el proceso negociador que debe finalizar en una transacción. No se trata de crearle un procedimiento, sino, en primer lugar de intensificar las recomendaciones del tribunal en favor de la transacción y, después, de buscar

2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.

3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.

4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

algún encaje en el procedimiento¹⁸. Se echan de menos también propuestas sobre las costas, los honorarios de los letrados, ventajas fiscales o consecuencias procesales de cara a incentivar la negociación. Puede decirse que la LEC se limita a reconocer que la transacción es una de las formas a través de las cuales puede finalizar un procedimiento. Sería interesante que se aprovechara este movimiento a favor de la mediación para impulsar igualmente la negociación, sabiendo, como se ha repetido varias veces en estas páginas, que la mediación encuentra en la negociación uno de sus instrumentos imprescindibles y que las mediaciones aumentarán a medida que ese cambio de mentalidad se produzca.

Todo lo dicho con anterioridad podría repetirse de otro de los medios alternativos de solución de conflictos: el acto de conciliación. Rutinariamente estamos acostumbrados a decir que el acto de conciliación es una práctica en desuso. Lo cierto es que en 2018 se celebraron en España 60.677 actos de conciliación en el ámbito de lo civil, dato este que habría que comparar con los 4.937 asuntos que fueron derivados a mediación por los órganos judiciales en el mismo año¹⁹. Desafortunadamente con la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria se perdió una oportunidad óptima para crear un acto de conciliación acorde con los tiempos. Desafortunadamente, salvo algunas modificaciones positivas, lo que quedó inalterada fue su concepción decimonónica,

¹⁸ En el proceso civil inglés, por ejemplo, de acuerdo con las vigentes normas en proceso civil, *Civil Procedure Rules* (abreviadamente, CPR) y de la Instrucción Práctica sobre Actos Previos a la Demanda y Protocolos, *Practice Direction – Pre-Action Conduct and Protocols* (abreviadamente, PRE-A-PP), se pretende que a través de los *pre-action protocols* las partes tengan claro cuáles son los pasos y el comportamiento que se espera de ellas por el tribunal antes de iniciar un proceso, y esto es lo que desarrollan estos protocolos, de tal forma que el tribunal comenzará preguntando a las partes si han intercambiado información suficiente que les permita, entre otros aspectos, entender lo que plantea la otra parte o tratar de resolver el asunto sin acudir al proceso. La parte número 3 de los PRE-A-PP indica cuáles son los elementos que deben ser tenidos en cuenta por las partes antes de comenzar el juicio: “Antes de iniciar un procedimiento, el tribunal esperará a las partes que han intercambiado información suficiente para (a) entender la posición del otro; (b) tomar decisiones sobre la forma de proceder; (c) tratar de resolver los problemas sin procedimientos; (d) considerar una forma de Resolución Alternativa de Disputas (ADR) para ayudar con la liquidación; (e) apoyar la gestión eficiente de los procedimientos; y (f) reducir los costos de la solución de la controversia”.

¹⁹ Los datos correspondientes a los actos de conciliación proceden de *El Letrado en Cifras*, publicación del Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, Boletín de 2019, pág. 152. <https://letradosdejusticia.es/el-letrado-en-cifras/>. Los datos de casos derivados a mediación proceden del Consejo General del Poder Judicial, fuente citada en la nota número 5 (Último acceso, en ambos casos, 6.8.2020).

heredando la estructura que tuvo como trámite previo del procedimiento de mayor cuantía de la LEC de 1881. El acto de conciliación no puede ser un mero reflejo de otros procedimientos en los que en orden sucesivo interviene la demandante, interviene la demandada en conciliación y si no hay acuerdo termina el acto. Debe ser un acto flexible en el que puedan sucederse múltiples intervenciones, incluidas las del LAJ o el Juez de Paz como autoridad que preside el acto (que, utilizando un lenguaje del pasado, deben evitar que los intervinientes atraviesen la palabra) y en el que puedan buscarse posturas de acercamiento, o si se prefiere, utilizando uno de los postulados de la negociación por intereses, posturas en las que ambas partes ganen. Para que se produzca ese cambio, antes tiene que darse un cambio en la "cultura" de la negociación, empezando por la del propio legislador. Pero esta misma limitación actual lleva a entender mejor lo importante que es un cambio de mentalidad y un cambio en todos estos medios alternativos.

El Derecho procesal como disciplina académica se ha dedicado durante algo más de siglo y medio al estudio del proceso y del procedimiento judiciales, por razones objetivas evidentes. Con el tiempo abrió sus puertas a una forma distinta de solucionar los conflictos, no jurisdiccional, como es el arbitraje. Su estudio no es nada extraño en los textos procesales. Durante décadas se le han dedicado estudios y comentarios en aras de su mayor utilidad como instrumento de paz social. En algunos ámbitos como en los del consumo o seguros ha alcanzado una presencia y efectividad fuera de toda duda. Durante estos mismos años medios como los que comentamos en estas páginas, la negociación y la mediación, han sido simplemente reseñadas y, en todo caso, objeto de algún estudio. En la última década el interés por la mediación civil ha aumentado, no así el relacionado con la negociación. Ambos medios, sin embargo, están llamados a ejercer un papel muy importante de cara a mantener la paz social estableciendo cauces para que los propios interesados puedan llegar a solucionar sus conflictos. Un avance en este terreno permitirá no solo conseguir que el número de casos que se someten a los tribunales sea menor, o al menos que no crezcan en el modo exponencial con que lo han venido haciendo durante los últimos lustros; además, avanzar en el conocimiento de las técnicas de negociación puede hacer que otros instrumentos ya existentes, como la audiencia previa del procedimiento ordinario o el acto de conciliación puedan ofrecer unos resultados mucho más satisfactorios que los actuales. Ante ese estado de cosas el Derecho procesal, como disciplina académica, debería tomar nota y sumarse a los esfuerzos que

ya se están realizando en el ámbito de otras disciplinas por avanzar en su conocimiento y su difusión. Sin duda alguna, ello contribuirá a ese cambio de cultura que se menciona en el Informe de la Comisión Europea que ha quedado citado con anterioridad.

EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y LA SELECCIÓN Y FORMACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS

M.^a Inmaculada Sánchez Barrios¹

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Salamanca)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. III. LA LEY ORGÁNICA 1/1980, DE 10 DE ENERO, DEL CGPJ. IV. LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL. V. LA L.O. 16/1994, DE 8 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE REFORMA LA LOPJ (Y LA L.O. 5/1997, DE 4 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LOPJ). VI. LA L.O. 19/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LOPJ. VII. L.O. 4/2013, DE 28 DE JUNIO, DE REFORMA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA LOPJ. VIII. L.O. 5/2018, DE 28 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LOPJ, SOBRE MEDIDAS URGENTES EN APLICACIÓN DEL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos orgánico-judiciales que más ha incidido en la independencia judicial y en un Estado de Derecho ha sido el sistema de provisión de cargos y vacantes de la Carrera judicial, que en muchos casos –tanto en España como en otros muchos países– ha estado a lo largo de la historia en manos del Poder Ejecutivo, especialmente cuando se ha tratado de los más importantes cargos².

¹ Constituye un honor poder contribuir con este modesto trabajo al merecido homenaje que se le tributa al Prof. José de los Santos Martín Ostos, importante referente en el ámbito del Derecho Procesal e igualmente, para mí –y las personas que conformamos la “Escuela salmantina”–, en el plano personal. Todo mi reconocimiento y afecto hacia él.

² Vid. RODRÍGUEZ-AGUILERA, C., *El Consejo General del Poder Judicial*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 39 y ss.; SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., *Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial*, Tesitex, Salamanca, 1999, pp. 51 y ss.

Igualmente puede consultarse: FIX-ZAMUDIO, H., “Los problemas contemporáneos del Poder Judicial”, en AA.VV., *Problemas actuales de la Justicia. Libro Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz*

La creación del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en 1980, supuso en nuestro país un paso importante para el logro y la defensa de ese proclamado “Poder” y para la realidad efectiva de los principios que lo configuran, entre ellos y de manera fundamental, la independencia judicial. Así, el CGPJ –aparte de otras variadas atribuciones que ahora no serán objeto de estudio– absorbió prácticamente todas las facultades de orden personal que tradicionalmente habían estado encomendadas al Ministerio de Justicia: selección, nombramientos, destinos, ascensos, situaciones administrativas³...

Dentro de este tipo de competencias también se encontrarían otras, igualmente fundamentales, como es el caso de la formación de los Jueces y Magistrados. La formación, como expresa MARTÍ CASTELLÓ-TÁRREGA, obedece a la

y *Armario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 143 y ss., se refiere a la preparación, selección y nombramiento de los jueces: cómo se ingresa en los diferentes países, las oposiciones y otros sistemas; sobre los Centros o Escuelas Judiciales de varias naciones de todo el mundo, quién realiza los nombramientos de los Jueces, los diferentes sistemas que existen para todo ello y el papel de los Consejos de la Magistratura en esta materia. Vid. también DE LA MATA AMAYA, J., “Selección y legitimidad del Poder Judicial”, en *Boletim Informativo do Conselho Superior da Magistratura*, nº 3, julho 1994; GUARNIERI, C., “El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado”, en *El acceso a la función judicial: estudio comparado*. CGPJ, Madrid, 2001, pp. 19-39; SÁIZ ARNÁIZ, *La reforma del acceso a la carrera judicial en España: algunas propuestas*, Madrid, 2007; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Política de selección de jueces*, Ed. CGPJ, Madrid, 2008; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La selección de los Jueces*, Ed. Civitas, 2008; JARIA I MANZANO, J., “Selección, perfil profesional y formación inicial de los jueces en España”, *Revista de Educación y Derecho / Education and Law Review*, número 3, octubre 2010-marzo 2011; SERRA CRISTÓBAL, R., *La selección de los jueces en Estados Unidos*, Ed. Civitas, 2011.

³ Algunas materias, como las acabadas de mencionar, son especialmente sensibles desde la óptica de la independencia a las intromisiones del Ejecutivo. Vid. ESTEBAN GÓMEZ, J.C., “El Consejo General del Poder Judicial (Comentario al art. 122.3 de la Constitución, en relación con el apartado VI de la Exposición del Motivos de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial)”, en AA.VV., *Problemas actuales de la Justicia. Libro Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario*, Valencia, 1988, p. 53; y XIOL RÍOS y otros, *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado social y democrático de Derecho*, I Premio Poder Judicial, CGPJ, Madrid, 1990, p. 45 y ss.; PLEITE GUADAMILLAS, F., “El desapoderamiento competencial del Consejo General del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, Nº 8099, Sección Tribuna, 6 de Junio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-213, Editorial LA LEY.

En este sentido, la conocida STC 108/1986, de 29 junio, dispone que: “Las funciones que obligatoriamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al gobierno para intentar influir sobre los tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado”.

necesidad de contar con una judicatura preparada técnicamente, pero también dotada de conocimientos que le permitan captar el sentido de los conflictos sociales sobre los que debe pronunciarse⁴. El CGPJ, a lo largo de estos 40 años de existencia, se ha preocupado de una manera especial de la formación, tal y como lo demuestra, por ejemplo, el espectacular número de cursos que ha organizado –a todos los niveles y con respecto a numerosas materias de interés para el ejercicio de la función jurisdiccional– y el constante interés que siempre ha observado en este aspecto, aunque, como veremos más adelante, en algunos casos podría incrementarse y mejorarse.

Incluso, según ya expresó el propio CGPJ en la Memoria anual de 1992: “Una de las claves (...) de la política de formación es la de la participación efectiva, no solamente de los jueces y magistrados destinatarios de la formación continuada, sino de todos los sectores afectados e interesados”.

II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El art. 122. 2 de la Constitución Española de 1978 se refiere a las funciones del CGPJ en materia de nombramientos y ascensos, considerándolas expresamente atribuciones propias de este órgano de autogobierno del Poder Judicial⁵. Se llegó a plantear el problema de si el CGPJ debía intervenir o no en la etapa de selección de los nuevos Jueces profesionales, pues el artículo 122.2 CE habla de “nombramientos”, y esto puede interpretarse en un sentido estricto, es decir, referido simple y puramente al acto de nombramiento, en cuyo caso quedaría excluida su intervención en la etapa previa a éste, o en un sentido más amplio, que comprendiera también la selección.

⁴ Vid. MARTÍ CASTELLÓ-TÁRREGA, J.J., *Preparación, selección y formación de Jueces*, en AA.VV., *Justicia y Sociedad*, UNAM, México, 1994, pp. 135 y ss., esp. p. 136.

⁵ Ya en el Anteproyecto de Constitución y a lo largo de todo el trámite parlamentario se recogían como tales, aunque es cierto que se presentaron varias enmiendas (en el sentido de que el nombramiento y ascenso de los Jueces y Magistrados debe estar regulado por la ley sin dejar ningún resquicio para el arbitrio abogando por suprimir toda discrecionalidad). Vid. SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., *Las atribuciones del Consejo...*, op. cit., pp. 53 y ss. Vid. Igualmente, sobre el trámite parlamentario, *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1989, vol. I, pp. 409 y ss.; y en la misma obra: Debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión de 8 de junio de 1978, núm. 84, vol. II, pp. 1388 y ss.

A pesar de encontrar opiniones variadas a lo largo del trámite parlamentario de nuestra CE, existían razones de peso para decidirse por el concepto amplio, ya que, primeramente, el CGPJ no es un simple homologador de lo acordado por el Ministerio de Justicia, como ocurriría si tuviese que limitarse al simple acto de nombramiento y, en segundo lugar, porque parece que el otorgamiento de la facultad de nombramiento ha de llevar implícitamente reconocida la facultad de intervenir en la etapa previa a éste. Esta es, seguramente, la conclusión más acorde con la propia finalidad y autonomía del CGPJ.

Otra cuestión que se planteó en aquellos momentos iniciales fue el grado de intervención del CGPJ en dicha etapa previa, si lo adecuado sería una completa asunción por su parte del procedimiento de selección en todas sus fases o no. La respuesta fue que debía tener un papel fundamental en el procedimiento de selección, convocando las oposiciones para ingreso en la Magistratura, debía intervenir también en la elaboración del programa, en la fijación de los ejercicios y en la composición del Tribunal. Y una vez en la Escuela Judicial –en su caso– los candidatos, su formación y ulterior selección debía quedar principalmente en sus manos⁶.

La independencia empieza a adquirirse o a perderse desde el primer momento, desde el acceso al desempeño de la función jurisdiccional; aunque no solo el sistema de ingreso tiene gran importancia, sino también la tienen los sistemas de ascenso, aunque estos –a diferencia de lo que ocurrió con la selección con el paso de los años– no se sustrajeron al CGPJ.

III. LA LEY ORGÁNICA 1/1980, DE 10 DE ENERO, DEL CGPJ

El Gobierno de Unión de Centro Democrático y su mayoría relativa en el Parlamento iniciaron el desarrollo de la Constitución y dieron el primer paso para la creación de un verdadero Poder Judicial con la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del CGPJ. En el art. 2º de la LOCGPJ se enumeraban las atribuciones de

⁶ Vid. MOSQUERA, “La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978”, en AA.VV., *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profs. A. Predieri y E. Garcia de Enterría*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 746 y 747.

caracter decisorio que correspondían al CGPJ, y que básicamente referidas a los aspectos personales, eran las que ejercía con plenitud y efectividad⁷.

En el apartado uno del art. 2º (“Propuesta para el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo”) se encomendaba al CGPJ una facultad de gran importancia, debido a la significación del cargo. El nombramiento del Presidente del TS corresponde al Rey, en virtud del art. 123.2 CE, pero como la propuesta del CGPJ no se hacía en terna, sino mediante la presentación de un solo candidato, el nombramiento realmente le correspondía a él.

En el apartado dos de este mismo artículo se atribuía al CGPJ la facultad de propuesta para el nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional, que no es otra que la que se le reconoce en el art. 159 de la Constitución. Al elaborar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional quizá debió tenerse en cuenta que el CGPJ podría efectuar una propuesta más numerosa de componentes del Tribunal Constitucional –no limitada a dos miembros– porque, entre otras razones, la creación de este órgano de gobierno visualiza claramente la independencia del Poder Judicial, suprimiendo vínculos con el Ejecutivo⁸.

⁷ El art. 2º de la LO 1/1980, del CGPJ (ya derogada), expresaba que:

“El Consejo General del Poder Judicial tendrá competencia decisoria con arreglo a la Ley, en las siguientes materias:

Uno. Propuesta para el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo.

Dos. Propuesta para nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional, cuando así proceda.

Tres. Selección, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados.

Cuatro. Nombramiento de Real Orden de los jueces y presentación a Real Despacho, refrendado por el Ministro de Justicia, de los nombramientos de presidentes y magistrados.

Cinco. Selección, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de los Secretarios de Juzgados y tribunales.

Seis. Sistema de selección, formación y perfeccionamiento, incluido la aprobación de programa y nombramiento de tribunales, del personal auxiliar y colaborador de la Administración de justicia.

Siete. Nombramientos de Secretario general y miembros de los Gabinetes o Servicios dependientes del mismo.

Ocho. Nombramiento de Director de la Escuela judicial.

Nueve. Elaboración y aprobación del anteproyecto de Presupuesto del Consejo General.

Diez. Aquellas otras que le atribuyan las Leyes”.

⁸ Vid. GONZÁLEZ RIVAS, “El Consejo General del Poder Judicial: Transcendencia de su creación”, en AA.VV., *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Ed. Nacional, Madrid, 1983, pp. 234 y ss.

El apartado tres se refería a competencias del CGPJ en materia la selección, provisión de destino, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados, y el cinco hacía lo propio con respecto a los Secretarios de Juzgados y Tribunales (que como se sabe ahora reciben el nombre de Letrados de la Administración de Justicia); en el apartado seis se hacía referencia al sistema de selección, formación y perfeccionamiento del personal auxiliar y colaborador de la Administración de Justicia, incluyendo la aprobación de programa y nombramiento de los tribunales. Lo curioso es que la formación y perfeccionamiento, incluido la aprobación de programa y nombramiento de tribunales, solo se le atribuía con respecto al personal auxiliar y colaborador de la Administración de Justicia, y no respecto a Jueces y Magistrados.

Antes de la promulgación de esta LOCGPJ, en el art. 2º de su Proyecto, no se incluía la competencia del CGPJ sobre el personal al servicio de la Administración de Justicia ni siquiera, dentro de éste, con respecto a los Secretarios Judiciales⁹, aunque, tras algunos avatares durante el iter legislativo, se les acabó incluyendo¹⁰. Lo que quizás hubiera sido oportuno, es que, ya que estos cuerpos se veían afectados por la actuación del CGPJ, también tuvieran participación en el mismo.

Aunque también debe tenerse en cuenta que el CGPJ no es un órgano de representación y no representa a ningún colectivo, por lo tanto no parece tener relación el hecho de que los agentes, auxiliares, oficiales o secretarios pudieran, o no, ser miembros del CGPJ o pudieran elegir, o no, a los vocales de éste, con el de que la selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas o el régimen disciplinario de estos funcionarios estén atribuidos al CGPJ.

⁹ Vid. MARTÍN OSTOS, "Poder Judicial, Función Jurisdiccional y Secretario Judicial", *Rev. Justicia*, 1990, I, pp. 39 y ss.; y también SEOANE CACHARRÓN, "Problemática que plantea la ausencia de representación del Secretariado", *RDPI*, 1981, nº 4, pp. 770 y ss.; AA.VV., *Primeras Jornadas sobre la Fe Pública Judicial*, Sitges, 1985. Más recientemente: FONT DE MORA RULLÁN, J., LOZANO GAGO, M.L. y ARRIBAS ATIENZA, P., "Los deberes de imparcialidad e independencia del Letrado de la Administración de Justicia y la necesaria reforma del artículo 452 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Diario La Ley*, Nº 9029, Sección Tribuna, 26 de Julio de 2017.

¹⁰ En la interpretación del artículo 122 CE hay que ser congruentes con el artículo 117. Si se estima que el Poder Judicial lo integran "únicamente" los Jueces y Magistrados, sólo a ellos debería referirse la competencia del CGPJ, y por lo tanto habría que haber excluido a los Secretarios Judiciales y al resto del personal al servicio de la Administración de Justicia. Si por el contrario se estimara que también forman parte del Poder Judicial, como integrantes del órgano jurisdiccional, entonces habría sido adecuada la regulación de la LO 1/1980, del CGPJ.

El problema no es tanto lo apuntado como que si todo ello estuviera dentro de las competencias del CGPJ, esas atribuciones no se podría transferir a las Comunidades Autónomas; y, en caso contrario, sí podría hacerse, con las consecuencias que todos podemos imaginar.

En concreto, sobre los Secretarios Judiciales, MARTIN OSTOS¹¹ indicaba que "el Secretariado de la Administración de Justicia no sólo pertenece al Poder Judicial, sino que es parte integrante del mismo", y por ello quizá sería más correcto que dependiera del CGPJ en lugar del Ministerio de Justicia. El personal integrante del órgano jurisdiccional debería depender en su totalidad del CGPJ, al que deberían transferirse las competencias sobre su régimen estatutario y jurídico¹².

Otros aspectos a comentar sobre el art. 2º de la LO 1/1980 serían, por un lado, la competencia recogida en el apartado cuatro (*"Nombramiento de Real Orden de los jueces y presentación a Real Despacho, refrendado por el Ministro de Justicia, de los nombramientos de presidentes y magistrados"*), dónde parecía que el CGPJ aparecía configurado como una dependencia del Ministerio de Justicia para gestionar el elemento personal de la estructura judicial¹³. Y, por otra parte, en el apartado ocho, se recoge la atribución del nombramiento del Director de la Escuela Judicial al CGPJ, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

¹¹ Vid. MARTÍN OSTOS, "Poder Judicial, Función Jurisdiccional y Secretario...", cit., pp. 39 y ss.

¹² Vid. CALVO SÁNCHEZ, "Algunas sugerencias para el diseño de la nueva Secretaría Judicial", *Rev. Justicia*, 1992, nº I, p. 33; PEDRAZ PENALVA, "Notas sobre el Secretariado en el PLOPJ", *Rev. La Ley*, 1985, T. II, pp. 1119 y ss.; "Notas sobre la Oficina Judicial y su reforma", *Rev. Justicia*, 1989, nº IV, pp. 850 y 851.

En opinión de GÓMEZ COLOMER, la LOPJ de 1985 dió un paso muy grave, ampliador de la esfera de competencias del Ministerio de Justicia, al ganar parcelas de poder e incorporar a los Secretarios de los órganos judiciales y al personal auxiliar de los Jueces y Tribunales (médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes judiciales, así como a otros cuerpos que en el futuro puedan crearse), a la órbita gubernamental (art. 455), quitándosela de la del CGPJ (art. 107). Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "Breve comentario sobre el anteproyecto de Ley de Demarcación y de Planta Judicial (de 4 de septiembre de 1987)", *Rev. Justicia*, 1988, nº III, p. 693.

¹³ MOVILLA ÁLVAREZ, C., "El autogobierno de la Justicia", en AA.VV., *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, CGPJ, Ed. Nacional, 1983, pp. 260 y ss.

IV. LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

Posteriormente, con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Gobierno del momento (PSOE), con su mayoría absoluta, y contrariamente a lo que se esperaba, restó atribuciones al CGPJ, dejándolo reducido a lo imprescindible para que esa limitación no constituyera una inconstitucionalidad literal¹⁴.

Se suprimió la competencia de selección de jueces y magistrados, igualmente la competencia en materia de nombramiento del Director del Centro de Estudios Judiciales (que antes se había llamado Escuela Judicial) y prácticamente todas las facultades correspondientes a Secretarios Judiciales y personal al servicio de la Administración de Justicia¹⁵.

¹⁴ Vid. LORCA NAVARRETE, A.M., *Derecho Procesal Orgánico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 36 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J., "El Poder Judicial", en AA.VV., *Problemas actuales de la Justicia. Libro Homenaje al Dr. D. Faustino Gutierrez-Alviz y Armario*, op. cit., pp. 46 y 47; ESTEBAN GÓMEZ, J.C., "El Consejo General del Poder Judicial (Comentario al art. 122.3 de la Constitución, en relación con el apartado VI de la Exposición de Motivos de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)", en AA.VV. *Problemas actuales de la Justicia.*, op. cit., p. 53; MONTERO AROCA, J., "Autonomía del Poder Judicial e independencia del juez en la práctica posconstitucional", en AA.VV., *Estudios Jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Trivium, Madrid, 1990, p. 197; Vid. SÁNCHEZ BARRIOS, M.I.. *Las atribuciones del Consejo...*, op. cit., pp. 62 y ss.

¹⁵ El art. 107 de la LOPJ –en lo que ahora nos interesa– presentó el siguiente contenido (en su redacción originaria aprobada en 1985, ya derogada también):

"El Consejo General del Poder Judicial tendrá competencias en las siguientes materias:

- 1. Propuesta por mayoría de tres quintos para el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.*
- 2. Propuesta por mayoría de tres quintos para el nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional cuando así proceda (...)*
- 4. Formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados.*
- 5. Nombramiento mediante Orden de los Jueces y presentación a Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia, de los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes y Magistrados.*
- 6. Nombramiento de Secretario General y miembros de los Gabinetes o Servicios dependientes del mismo.*
- 7. Ejercicio de las competencias relativas al Centro de Estudios Judiciales que la Ley le atribuye (...)*
- 11. Aquellas otras que le atribuyan las leyes".*

Así, se mantuvo en la LOPJ de 1985 lo relativo a la provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados, pero definitivamente no hubo referencia a la selección, sin embargo se añadió la formación y perfeccionamiento. Curiosamente la LOPJ, al regular el Centro de Estudios Judiciales, indicaba que tendría como función la colaboración con el CGPJ y con el Ministerio de Justicia en la selección, formación y perfeccionamiento de los miembros de las carreras judicial y fiscal, con lo que tampoco se afirmaba que el Centro tuviera la selección. Esta fue asumida por el Ministerio¹⁶.

Algunos autores, como TEROL BECERRA, entendían que el CGPJ no carecía de facultades en lo referente a la selección de Jueces y Magistrados, aún cuando estas facultades se redujeran a una colaboración con otros órganos del Estado ajenos al Poder Judicial: correspondía al Ministro de Justicia aprobar las normas rectoras del acceso al Centro de Estudios Judiciales, los ejercicios y los programas de acuerdo con los cuales se procedería a seleccionar a los aspirantes, aunque debía oír la opinión del CGPJ y del propio centro sobre esos extremos. Sin embargo, correspondía al Consejo nombrar al Tribunal para el acceso al Centro de Estudios Judiciales, designando directamente a algunos de sus miembros y actuando con relación a los demás, de acuerdo con las propuestas que le presentaran el Consejo de Universidades, el Ministro de Justicia, el Consejo General de la Abogacía y el Fiscal General del Estado al respecto. Las competencias del CGPJ eran más extensas cuando se trataba de la promoción de la categoría de Juez a la de Magistrado, ya que era él y no el Gobierno quien aprobaba las normas por las que habían de regirse las pruebas selectivas así como los ejercicios y, en su

¹⁶ El Ministerio de Justicia era el que configuraba la oposición, el que convocaba la oposición y los concursos, determinando, respecto de éstos, el baremo de méritos y, en el tribunal que había de juzgar los dos modos de acceso, controlaba el nombramiento de cuatro de los siete miembros. La selección se completaba en el Centro de Estudios Judiciales, órgano dependiente del Ministerio, que era el que nombraba al director, y el CGPJ se vio obligado a nombrar jueces a aquéllos que proponía el director del Centro después del curso, y había de hacerlo por el orden que éste estableciera.

Sin embargo, el CGPJ también tenía facultades con respecto al Centro de Estudios Judiciales, las que el Reglamento de dicho Centro –que se aprobó por el Real Decreto 1924/1986, de 29 de agosto– le atribuyó en el mismo para la formación, perfeccionamiento y promoción y especialización de jueces y magistrados (arts. 3 y 4).

Al respecto MONTERO AROCA, “Autonomía del Poder Judicial e independencia del juez...”, op. cit., pp. 200 y ss., expresaba que con la LOPJ de 1985 no se obtuvo más que un “pseudogobierno autónomo mínimo”, al no impedirse la injerencia del Poder Ejecutivo en todas estas cuestiones.

caso, los programas que se usaran en las mismas, correspondiéndole también nombrar al Tribunal calificador conforme a las propuestas que, en tal sentido, le hicieran los mismos órganos que participaran en la designación del que hubiera de intervenir en el de la selección de los Jueces¹⁷.

La selección o el ingreso en la carrera se efectuaba conforme a dos sistemas: 1) por oposición libre y 2) por concurso de méritos o sistema de acceso directo, Y dentro del segundo no se recogía un único concurso, sino varios (tercer, cuarto y quinto turnos)¹⁸. Lo que se ha dicho para la oposición puede repetirse para los concursos, en cuanto el CGPJ no era titular de la facultad de selección. En la ordenación del sistema (baremo de méritos) y en la designación del tribunal las facultades decisivas eran del Ministerio de Justicia.

V. LA L.O. 16/1994, DE 8 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE REFORMA LA LOPJ (Y LA L.O. 5/1997, DE 4 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LOPJ)

Con posterioridad la LOPJ, reformada por la L.O. 16/1994, de 8 de noviembre, volvió a alterar estas atribuciones, en unos casos para restituir las facultades

¹⁷ TEROL BECERRA, M.J., *El Consejo General del Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1990, pp. 122 y ss.; e igualmente SÁNCHEZ BARRIOS, M.I.. *Las atribuciones del Consejo...*, op. cit., pp. 69 y ss.

¹⁸ Tercer turno: En la convocatoria de oposición se reservaba 1/3 parte de las plazas para que fueran cubiertas por concurso de méritos entre juristas de reconocida competencia, exigiéndose sólo contar con seis años de ejercicio en cualquier profesión jurídica; se ingresaba en el Centro de Estudios Judiciales para ser nombrado juez al final del curso (arts. 301.2 y 302.2 LOPJ). Cuarto turno: 1/4 parte de las vacantes en la categoría de magistrado era cubierta por concurso de méritos entre juristas de reconocida competencia con diez años de ejercicio profesional; no se ingresaba en el Centro de Estudios Judiciales, sino directamente en la carrera (arts. 301.2, 311 y 313 LOPJ). Aquí debe hacerse mención a otra forma de acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado prevista en la LOPJ, al reservar en su art. 330.3 una tercera parte de las plazas de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia a juristas de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma respectiva. Quinto turno: Además preveía la LOPJ el acceso directo a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, reservando 1/5 parte de las vacantes que se produjeran en el Alto Tribunal para abogados y otros juristas de prestigio que hubieran ejercido su actividad profesional por tiempo superior a veinte años. La selección entre los diversos candidatos no se atribuía aquí, como en los supuestos anteriores de méritos entre juristas, a un Tribunal calificador designado al efecto, sino al Pleno del CGPJ.

que habían sido sustraídas al CGPJ, como la selección de Jueces y Magistrados y las competencias relativas al Centro de selección y formación de Jueces y Magistrados¹⁹.

A pesar de lo positivo del hecho de que el CGPJ recuperara la competencia sobre la selección de Jueces y Magistrados, también deben ponerse de relieve, como hizo CALVO SÁNCHEZ²⁰, algunas cuestiones no exentas de cierta

¹⁹ Con la reforma operada por la L.O. 16/1994, de 8 noviembre, por la que se reformó la LOPJ, se modificaron, entre otros preceptos, los apartados 4 y 7 del art. 107, presentando a partir de ese momento la siguiente redacción (artículo, como se sabe, después derogado, al cambiar de ubicación en la LOPJ toda esta materia):

“4. Selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados”.

“7. Ejercicio de las competencias relativas al centro de selección y formación de Jueces y Magistrados que la Ley le atribuye”.

También el art. 110 LOPJ (igualmente derogado con posterioridad) quedó así redactado:

“1. El Consejo General del Poder Judicial podrá dictar reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento en el marco de la legislación sobre la función pública.

2. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de su competencia y con subordinación a las leyes, podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta Ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar. Estos reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquéllos ni alterar éste en su conjunto. Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta Ley, en aquéllos en que así se prevea en esta u otra Ley y, especialmente, en las siguientes materias:

a) Sistema de ingreso, promoción y especialización en la Carrera Judicial, régimen de los funcionarios judiciales en prácticas y de los Jueces adjuntos y cursos teóricos y prácticos en el centro de selección y formación de Jueces y Magistrados, así como organización y funciones de dicho centro.

A este efecto, en el desarrollo reglamentario de la organización y funciones del centro, deberá determinarse la composición de su Consejo Rector, en el que necesariamente habrán de estar representados el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia y las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados.

b) Forma de distribución entre turnos y de provisión de plazas vacantes y desiertas de Jueces y Magistrados.

c) Tiempo mínimo de permanencia en el destino de los Jueces y Magistrados.

d) Procedimiento de los concursos reglados y forma de solicitud de provisión de plazas y de cargos de nombramiento discrecional.

e) Actividades de formación de los Jueces y Magistrados y forma de obtención de títulos de especialización (...).”

²⁰ Vid. CALVO SÁNCHEZ, M.C., “Selección de jueces y magistrados”, *Rev. Actualidad Jurídica Aranzadi*, 11 de mayo de 1995, pp. 1-6; e igualmente PEDRAZ PENALVA, E., “Del CGPJ y de la selección de sus magistrados”, en AA.VV., *El Gobierno de la Justicia* (coord. E. Pedraz Penalva), Editorial Universidad de Valladolid, 1996, pp. 22 y ss.

problemática, unas nuevas y otras que persistieron tras la reforma de noviembre de 1994, como es el caso de que todavía la totalidad de los miembros del CGPJ seguían siendo nombrados por el Congreso y el Senado.

En cuanto a la forma de acceso a la carrera judicial, además de mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial (art. 301.1 LOPJ), pasó a poder realizarse de cuatro formas diferentes:

- 1/4 parte de las plazas (antes de la reforma era 1/3) convocadas por la categoría de juez se destinan para licenciados en Derecho con seis años de ejercicio profesional, quienes tendrían acceso al curso teórico y práctico de selección por medio de concurso-oposición (art. 301.3 LOPJ), lo que nos parece más acertado que el concurso de méritos anterior.
- 1/4 parte de las vacantes que se produjeran en la categoría de Magistrados se proveerían por concurso entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años de ejercicio profesional (art. 311.1. pfo. 4º LOPJ, no reformado). No entendemos porqué, si el concurso-oposición ofrece más garantías, el sistema de ingreso es diferente en este supuesto, lo que no se explica ni en la Exposición de Motivos ni se deduce de las discusiones parlamentarias.
- 1/3 parte de las plazas de los Tribunales Superiores de Justicia en la Sala de lo Civil y Penal se cubrirían con un jurista de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma, por propuesta del CGPJ sobre una terna presentada por la Asamblea Legislativa de la Comunidad (art. 330.3 LOPJ, no reformado).
- 1/5 parte de las plazas de Magistrados del Tribunal Supremo se proveerían entre Abogados y otros juristas de reconocido prestigio que hubieran desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años preferentemente en la rama del Derecho correspondiente al orden jurisdiccional de la Sala para la que hubieran de ser designados (art. 345 LOPJ). Se rebajó la exigencia temporal, pues antes de la reforma de 1994 se exigían veinte años. Se trata de un nombramiento discrecional (art. 127.3. LOPJ) a propuesta del Pleno del CGPJ mediante Orden, refrendado por el Ministerio de Justicia. Por tanto seguía sucediendo que a mayor categoría mayor discrecionalidad.

En cuanto al tribunal que juzgaría las pruebas de ingreso en la Carrera Judicial, la L.O. 16/1994, modificó su composición. Comparada la redacción del art. 304 LOPJ con la redacción que presentaba anteriormente, se observa que sufrió unas cuantas variaciones relevantes. En primer lugar en cuanto al número de miembros, pues de los siete anteriores se pasó a nueve, habiendo un Magistrado más, incluyéndose también a un miembro de los órganos técnicos del CGPJ, que podía ser tanto un juez, como fiscal, secretario judicial, abogado del Estado, oficial, auxiliar o agente, con tal de que fuera licenciado en Derecho. En cuanto a la Presidencia del Tribunal se introdujo como novedad el que el Presidente del TS podría delegar no únicamente en un Magistrado del Tribunal Supremo, sino también en uno de cualquier Tribunal Superior de Justicia²¹. En tercer lugar, se exigió que el abogado tuviera, al menos, diés años de ejercicio profesional, lo que consideramos acertado. Y además se permitió, de forma excepcional que profesores titulares de Universidad pudieran formar parte del mismo²².

El CGPJ, en la composición de este tribunal, pasó a tener un papel muy importante. El art. 305 de la LOPJ, tras indicar que el Tribunal sería nombrado por el CGPJ, se modificó por la L.O. 16/1994, expresándose que las instituciones que debían proponer a algunos de los miembros del tribunal –el Consejo de Universidades en el caso de los catedráticos o profesores de Universidad, el Ministerio de Justicia al Abogado del Estado, el Consejo General de la Abogacía al Abogado, y el Fiscal General del Estado al fiscal– debían elaborar unas ternas, aspecto que nos parece positivo, que remitirían al CGPJ para su designación, pero añadiendo: *“salvo que existan causas que justifiquen proponer sólo a una o dos personas y sin perjuicio de que el Consejo General del Poder Judicial pueda proceder a su designación directa para el caso de que no se elaboren ternas por los proponentes”*.

Por lo tanto se distorsionó el sistema de las “ternas”, existiendo la posibilidad de que el CGPJ, si dichas ternas no se hubieran elaborado, compusiera todo el

²¹ Lo que constituyó una muestra más de “la sistemática y peligrosa transferencia en materias de administración de la Justicia a las Comunidades Autónomas que abiertamente se observa en esta reforma”, según indicó CALVO SÁNCHEZ, “Selección...”, cit., p. 3.

²² Posteriormente, la L.O. 5/1997, de 4 de diciembre, modificó nuevamente el art. 304 de la LOPJ en el sentido de añadir un nuevo miembro en el Tribunal encargado de evaluar las pruebas de ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Juez, que sería un Secretario Judicial de primera categoría.

tribunal y luego nombrarlo. Si tenemos en cuenta que en aquellos momentos los miembros del CGPJ eran nombrados en su totalidad por las Cámaras (la mitad por el Congreso y la mitad por el Senado)²³, y visto el juego de las cuotas entre los partidos políticos con un mayor peso en el Parlamento, puede pensarse que el partido en el poder podía controlar la mayoría del tribunal, contando los que proponen el CGPJ y el Ejecutivo.

En el art. 306 de la LOPJ también se contemplaba una significativa modificación tras la L.O. 16/1994, puesto que las normas ya no eran aprobadas por el Ministerio de Justicia, como sucedía en el antiguo art. 306, sino por el CGPJ, aunque previa audiencia del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas²⁴.

Entre otras competencias del CGPJ también relacionadas con esta materia pueden señalarse las recogidas en los arts. 311 y 313 de la LOPJ: el CGPJ podía realizar por especialidades las convocatorias de concursos para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado de juristas de reconocida competencia y aprobar reglamentariamente las bases para resolver dichos concursos, incluso podría rechazar al candidato propuesto después de realizadas las pruebas si apreciara "circunstancias que supongan un demérito" (art. 313.10 de la LOPJ), lo que consideramos una situación grave, pues no se concretan legalmente cuales pueden ser dichas circunstancias.

Así pues, con la reforma de 1994 se mejoró en muchos aspectos la regulación del sistema de selección, incluso con la vuelta al CGPJ de competencias sobre el centro de selección y formación de Jueces y Magistrados, pero no puede obviarse el hecho de que podían producirse injerencias indeseadas en el mismo. El CGPJ disponía de facultades que bien utilizadas podían confirmar su carácter de

²³ Pocos ignoran la problemática existente sobre la composición y forma de elección de los miembros del CGPJ y la enorme literatura existente al respecto. Ello pone sobre la mesa la preocupante politización del CGPJ, al pasar, con la promulgación de la LOPJ de 1985, a ser elegidos todos sus miembros por las Cortes, tanto los juristas de diverso origen como los de procedencia judicial. Vid. SÁNCHEZ BARRIOS, M^a I., *La elección de los miembros del CGPJ español y de sus homólogos europeos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

²⁴ Las pruebas se convocan igualmente por el CGPJ, al menos cada dos años, aunque también con la audiencia del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas, tal y como se indicaba en el art. 306.2 de la LOPJ. Sin embargo, también se expresa en este artículo que "*el parecer del Ministerio de Justicia será vinculante respecto al número máximo de plazas que resulten en la plantilla de la Carrera Judicial establecida en la ley y a las correspondientes disponibilidades presupuestarias*".

órgano garante de la independencia judicial, o, por el contrario, si no lo hacía así, podía suponer un obstáculo para lograrla²⁵.

VI. LA L.O. 19/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LOPJ

El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito por los principales partidos políticos de nuestro país el 28 de mayo de 2001 hizo que se abordara una profunda reforma de la LOPJ, producida por la L.O. 19/2003, que mantuvo la atribución referente a la selección e igualmente la formación, indicándose en el art. 107.4 que el CGPJ seguirá teniendo competencias en la *“Selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados”*; y en el art. 107.7 que también las tiene en el *“Ejercicio de las competencias relativas a la Escuela Judicial que la ley le atribuye”*. Por otro lado se ampliaron las plazas o cargos de nombramiento discrecional²⁶.

En relación con el libro IV, la L.O. 19/2003, apuesta por la profesionalidad de jueces y magistrados recogida en el Pacto de Estado, lo cual obligó a modificar el sistema de ingreso en la Carrera Judicial, así como la extensión a nuevos supuestos de los principios de mérito, formación y especialización para la adjudicación de los diferentes destinos, superándose –como expresa la propia Exposición de Motivos de esta Ley– el exclusivo criterio de antigüedad. Así, se mantiene la oposición como sistema general para el ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Juez²⁷ y, para el ingreso por la categoría de Magistrado, se consideró

²⁵ SÁNCHEZ BARRIOS, M^a.I., *Las atribuciones del Consejo General...*, op. cit., p. 80.

²⁶ Puede consultarse SERRA CRISTÓBAL, R., “El Consejo General del Poder Judicial y los nombramientos discrecionales de magistrados”, en Revenga Sánchez, M. (coordinador), *El Poder Judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Madrid 2009, págs. 237-276; DEL GUAYO CASTIELLA, Í., “Los nombramientos judiciales discrecionales y su motivación: nacimiento, evolución y expansión de una jurisprudencia del Tribunal Supremo (2006-2011)”, en *Diario La Ley*, Nº 7907, Sección Doctrina, 23 de Julio de 2012, Año XXXIII, Ref. D-289.

²⁷ En el art. 301 LOPJ ya no hay ninguna referencia al “cuarto turno” para el ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Juez. Aunque sí recoge el art. 301.4 que: *“También ingresarán en la Carrera Judicial por la categoría de magistrado del Tribunal Supremo, o de magistrado, juristas de reconocida competencia en los casos, forma y proporción respectivamente establecidos en la ley. Quienes pretendan el ingreso en la carrera judicial en la categoría de magistrado precisarán también superar un curso de formación en la Escuela Judicial”*.

necesario establecer un nuevo sistema de baremación de méritos y complementar la formación de los que ingresaban por esta vía con un curso de formación que garantizara el correcto desempeño de las tareas jurisdiccionales²⁸.

En la resolución de concursos para acceder a órganos colegiados se apostó decididamente por la especialización, sentando las bases para que en su acceso se valoraran, bien conocimientos específicos, bien experiencia previa en el correspondiente orden jurisdiccional, aun cuando tales criterios se combinaran con el de la antigüedad.

También es destacable que la convocatoria para el ingreso en la Carrera Judicial se iba a realizar a partir de entonces conjuntamente con la de ingreso en la Carrera Fiscal (art. 301.4 LOPJ), de tal forma que *“Los candidatos aprobados, de acuerdo con las plazas convocadas, optarán, según el orden de la puntuación obtenida, por una u otra Carrera en el plazo que se fije por la Comisión de Selección”*. Precisamente por esta circunstancia también se produjeron cambios en la composición de los tribunales²⁹.

En esta ocasión el Tribunal, antes nombrado por el CGPJ, ahora lo será por la Comisión de Selección. En los arts. 304 y 305 LOPJ se recogía la composición de esta Comisión de Selección y también la forma de efectuar el nombramiento de los miembros del Tribunal. La Comisión de Selección además era competente para convocar la oposición, para proponer el temario, el contenido de los ejercicios y las normas complementarias que deben regir la oposición para el acceso a las

²⁸ En la misma línea, se exigió dos años de antigüedad en la Carrera Judicial a todos aquellos que pretendieran acceder a pruebas de especialistas, con el fin de que se tuviera un mínimo de experiencia con carácter previo a acceder a puestos reservados para éstos.

Por otra parte, el Libro V de la LOPJ, con la reforma operada por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, reguló de forma novedosa la Oficina judicial y los más relevantes aspectos estatutarios, funcionales y orgánicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales. La figura del Secretario Judicial constituyó una de las claves de la reforma, definiéndose con mayor precisión sus funciones y además se le atribuyeron otras, potenciando sus capacidades profesionales.

²⁹ Según el art. 304.1 LOPJ, con esta reforma, *“El tribunal que evaluará las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, por las categorías de juez y de abogado fiscal respectivamente, estará presidido por un magistrado del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia o un fiscal de Sala o fiscal del Tribunal Supremo o de una Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia, y serán vocales dos magistrados, dos fiscales, un catedrático de universidad de disciplina jurídica en que consistan las pruebas de acceso, un abogado del Estado, un abogado con más de 10 años de ejercicio profesional y un secretario judicial de la categoría primera, que actuará como secretario”*.

Carreras Judicial y Fiscal, sometiéndolos a la aprobación del Ministerio de Justicia y del Pleno del Consejo General del Poder Judicial y para realizar los trámites administrativos precisos para la distribución de los aprobados a las respectivas Escuelas según la opción que realizaran.

Por su parte, la Escuela Judicial, configurada como centro de selección y formación de jueces y magistrados dependiente del CGPJ, intentaría proporcionar una preparación integral, especializada y de alta calidad a los miembros de la Carrera Judicial, así como a los aspirantes a ingresar en ella, llevando a cabo la coordinación e impartición de la enseñanza inicial, así como de la formación continua, en los términos establecidos en el art. 307 LOPJ.

VII. L.O. 4/2013, DE 28 DE JUNIO, DE REFORMA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA LOPJ

La reforma del CGPJ realizada por la LO 4/2013 causó una gran sorpresa en la comunidad jurídica. Derogó todo el Título II del Libro II de la LOPJ (“DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL”), arts. 107 a 148. Se derogaron en lo relativo a la renovación, designación y elección de los Vocales del Consejo y a la constitución del mismo a partir del 30 de junio de 2013 y el resto desde el 4 de diciembre de 2013, fecha en que se constituyó el primer CGPJ elegido de conformidad con la L.O. 4/2013, de 28 de junio, según estableció la disposición derogatoria.1 y 2 de ésta. El contenido de este Título II, con algunas modificaciones, pasó a ser regulado en el nuevo Libro VIII, arts. 558 y ss. LOPJ.

Desde un punto de vista sistemático, no entendemos el cambio de ubicación, no encontramos un motivo que justifique el trasvase de preceptos desde las normas reguladoras del gobierno de los tribunales (CGPJ, Salas de Gobierno y otros) a un Libro donde se equipara el CGPJ a instituciones con las que no guarda ninguna relación, al tratarse de los protagonistas de la actividad jurisdiccional en sus distintas facetas (Jueces y Magistrados, Secretarios Judiciales, Funcionarios, Personal Colaborador de la Administración de Justicia)³⁰.

³⁰ Vid. BANACLOCHE PALAO, J., “La insólita reforma de la organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, Nº 8126, Sección Tribuna, 15 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-260.

Por otra parte, según se expresa en el Preámbulo de la propia L.O., las atribuciones del CGPJ no se ven sustancialmente alteradas. Se prevé simplemente que las que tenga legalmente reconocidas sean acordes con la finalidad que justifica la existencia misma del CGPJ, es decir: sustraer al Gobierno la gestión de las diversas vicisitudes de la carrera de Jueces y Magistrados, de manera que no pueda condicionar su independencia por esta vía indirecta. Por lo tanto, se expresa que el CGPJ debe ejercer las atribuciones que le encomienda el artículo 122.2 de la Constitución –nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario– y aquéllas otras que estén íntimamente ligadas a ese núcleo.

Llama la atención lo anteriormente expresado en el Preámbulo, al indicar que no se ven sustancialmente alteradas las competencias del CGPJ, cuando se sustrae expresamente toda la potestad reglamentaria ad extra y en especial lo referente al estatuto de los jueces y magistrados, y, además, que no se recojan argumentos respecto a la modificación tan sustancial que se realiza³¹. Sorprendió también esta reforma por otras varias razones, que ahora no nos detenemos a analizar –hasta el punto de que se ha calificado esta reforma como “*refundación*” del CGPJ–, como fueron la escisión práctica del CGPJ en dos órganos distintos, aunque relacionados: el Pleno y la Comisión Permanente, el ejercicio a tiempo parcial del cargo de Vocal (lo que se entiende por muchos como muy discutible), la creación de la figura de Vicepresidente del Tribunal Supremo, el que toda la actividad internacional del Consejo deba ser coordinada con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del reparto de competencias entre los órganos del CGPJ...

Por otro lado, según el nuevo art. 617 LOPJ, sigue correspondiendo a la Escuela Judicial desarrollar y ejecutar las competencias en materia de selección y formación de los Jueces y Magistrados, lo que debe hacer de acuerdo con lo establecido en la LOPJ y en el propio Reglamento de la Escuela Judicial.

³¹ Puede consultarse: PLEITE GUADAMILLAS, F., “El desapoderamiento competencial del Consejo General del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, Nº 8099, Sección Tribuna, 6 de Junio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-213; BANACLOCHE PALAO, J., “La insólita reforma de la organización...”, op. cit.

VIII. L.O. 5/2018, DE 28 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LOPJ, SOBRE MEDIDAS URGENTES EN APLICACIÓN DEL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El objetivo de esta reforma, según expresa el propio Preámbulo, apartado I de esta ley, ha sido “avanzar hacia una efectiva formación y especialización en violencia de género de los profesionales que trabajan en este ámbito, por ser un elemento clave para una adecuada respuesta judicial”.

Al igual que el Real Decreto-Ley 9/2018, las reformas que introduce esta L.O. 4/2108 son consecuencia del Informe para el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género de 2017³². Se pretende lograr una mejor formación de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal en esta materia, procurando que tanto los juzgados especializados en violencia de género, como también los jueces de familia y de menores, obtengan una formación especializada más amplia. Igualmente se busca, en las oposiciones a judicatura, Escuela Judicial y formación continua anual impartida por el CGPJ, un aumento de la capacitación judicial en este terreno y que esta materia sea obligatoria y evaluable, y se pretende de igual modo que para concursar a órganos judiciales especializados se introduzcan pruebas específicas en violencia de género³³.

En lo que ahora nos interesa, los apartados II y III del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2018, bajo los epígrafes «De la inclusión de materias específicas en las pruebas de selección y de la formación especializada en la Escuela Judicial y la formación continua de las Carreras Judicial y Fiscal» y «De las pruebas de especialización para acceder a órganos judiciales especializados en violencia sobre la mujer», respectivamente, se hace alusión a las competencias que posee el CGPJ, entre otras, en materia de selección, formación y perfeccionamiento, provisión

³² Pacto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 2017 y en el Informe de la Ponencia aprobado por el Pleno del Senado de 13 de septiembre de 2017, posteriormente suscrito el 27 de diciembre de 2017 por todos los agentes esenciales en el desarrollo del Pacto (además del Gobierno de la Nación, se incluyen CC.AA., Ayuntamientos, el propio Consejo General del Poder Judicial, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil).

³³ Vid. SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., “Comentario a la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género”, *Rev. Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, Junio 2019, pp. 336-343.

de destinos o ascensos, y a la necesidad de mejorar la formación y adquisición de conocimientos en materia de principio de no discriminación por parte de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal. Esta materia comprende, entre otras, el estudio y la formación en el principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia sobre la mujer y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional, así como la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas.

Igualmente la L.O. 5/2018 añade un párrafo segundo al apartado 2 del art. 307 de la LOPJ con el siguiente contenido: *“En la fase teórica de formación multidisciplinar se incluirá el estudio en profundidad de las materias que integran el principio de no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres, y en particular de la legislación especial para la lucha contra la violencia sobre la mujer en todas sus formas”*³⁴. Y en un sentido similar se modifica el apartado 5 del art. 433 bis de la LOPJ, donde se expresa que el Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial tiene que contener cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre esta materia³⁵.

Pero además, el art. 310 LOPJ, párrafo inicial, se modifica y se añade un segundo párrafo nuevo³⁶, disponiéndose que *“todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas en materia de la violencia sobre la mujer, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional”*. Y con el objetivo de cumplir los objetivos de una formación específica y permanente, se considera necesario que el temario garantice la adquisición de conocimientos en dichas materias y se ofrezca capacitación para la interpretación y aplicación de las normas con el criterio de igualdad de trato, no discriminación de mujeres y hombres y perspectiva de género, tanto en la fase de oposición como en el curso teórico-práctico seguido en la Escuela Judicial y en la formación continua que se ofrece a las Carreras Judicial y Fiscal.

³⁴ Vid. artículo único, apartado cuatro, de la L.O. 5/2018.

³⁵ Vid. artículo único, apartado diez, de la L.O. 5/2018.

³⁶ Vid. artículo único, apartado cinco, de la L.O. 5/2018.

También en la provisión de vacantes por medio de pruebas selectivas y de especialización se producen modificaciones³⁷, pues en cuanto a provisión de vacantes aparece incluida la especialización en materia de violencia sobre la mujer³⁸.

De las modificaciones apuntadas se puede extraer que, al igual que sucede con las pruebas de especialización en materia mercantil o en menores, se introducen pruebas selectivas de especialización en violencia sobre la mujer, para garantizar la adquisición de conocimientos multidisciplinares en esta materia. Corresponde al CGPJ una selección y preparación rigurosa de las personas que deseen ocupar este tipo de órganos jurisdiccionales, y al respecto se debe prever un sistema de especialización preferente y de calidad y, superadas las pruebas, se obtendrá el nombramiento de magistrados o magistradas especialistas en violencia sobre la mujer con preferencia en la provisión de plazas reservadas a especialistas en esta materia.

Por otra parte, también se modifica el párrafo segundo del apartado 4 y se añade una nueva letra e) en el ap. 5 del art. 330 LOPJ³⁹, referente a la provisión de plazas en diversos órganos, expresándose que *“en el caso de existir las secciones de apelación a las que se refiere el artículo 73.6 [es decir, se hace referencia a la creación de una o más Secciones e incluso Sala de lo Penal con su propia circunscripción territorial en las capitales que ya sean sedes de otras Salas del Tribunal Superior, a los solos efectos de conocer los recursos de apelación a los que se refiere la letra c) del apartado 3 de este artículo], una de ellas conocerá de manera exclusiva de las causas de violencia contra la mujer en sus diversas formas”* y, en ese caso, las plazas de dicha sección se cubrirán por magistrados o magistradas que ostenten la condición de especialistas en violencia sobre la mujer. Y, a falta de estos, se realizarán los nombramientos según lo dispuesto en el apartado 5; y los

³⁷ Se modifican también los arts. 311, 312 y 329 de la LOPJ (artículo único, apartados seis, siete y ocho de la L.O. 5/2018).

³⁸ En el apartado 2 del art. 312 LOPJ, por ejemplo, se expresa que: *«Las pruebas de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y de lo social y en materia mercantil y de violencia sobre la mujer tenderán además a apreciar, en particular, aquellos conocimientos que sean propios de cada especialidad»*; o en el apartado 3 del art. 312 LOPJ, se indica que *«para acceder a las pruebas selectivas o de especialización será preciso acreditar haber participado en actividades de formación continua con perspectiva de género»*.

³⁹ Vid. artículo único, apartado nueve, de la L.O. 5/2018.

que obtuvieran plaza de esta forma *“deberán participar antes de tomar posesión en su nuevo destino en las actividades específicas de formación que el Consejo General del Poder Judicial establezca reglamentariamente”*.

Igualmente, cuando se trate de los concursos para proveer plazas de magistrados o magistradas de las Secciones de las Audiencias Provinciales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 80.3 de la LOPJ, conozcan en segunda instancia y en exclusiva de los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o Juzgados de lo Penal especializados en Violencia sobre la Mujer, se resolverán en primer lugar *“en favor de quienes, acreditando la especialización en los asuntos propios de dichos Juzgados obtenida mediante la superación de las pruebas selectivas que reglamentariamente determine el Consejo General del Poder Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón”*, especificando igualmente cómo se hará la selección en otros supuestos.

EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO Y SU INAPROPIADA EXTENSIÓN A SUPUESTOS DE CARÁCTER ASISTENCIAL O RESIDENCIAL

Ana Sánchez Rubio

*Profesora Ayudante de Derecho Procesal
(Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPALES CARENCIAS DE LA REGULACIÓN DE LOS INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS. 1. El rango normativo. 2. La relación entre incapacidad e internamiento. 3. La asistencia letrada. 4. La intervención del Ministerio Fiscal. III. DE LA INAPROPIADA EXTENSIÓN A SUPUESTOS DE CARÁCTER ASISTENCIAL O RESIDENCIAL. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como es sabido, regula los internamientos involuntarios que han de adoptarse frente a personas que no están en condiciones de decidir por sí mismas, debido al trastorno psíquico que padecen. En la actualidad, este precepto viene siendo aplicado indistintamente para casos de trastornos psíquicos tales como la bipolaridad o la esquizofrenia, susceptibles de ser controlados bajo un tratamiento médico, como para casos en los que la enfermedad es neurodegenerativa y, en muchos de ellos, se sabe que no hay tratamiento que consiga frenarla.

Este tipo de internamientos no siempre han tenido la misma regulación, más bien al contrario, a lo largo de la historia estas situaciones han sido reguladas con importantes carencias, aunque las distintas normativas al respecto han mejorado progresivamente las anteriores. En este sentido, el antecesor del actual art. 763 LEC, el art. 211 CC, dio un primer paso de todo punto plausible, en cuanto vino a sustituir un sistema de internamiento involuntario de enajenados

sometido únicamente a autorización administrativa (tal como el contenido en el Decreto de 3 de julio de 1931, derogado expresamente por el art. 2.2 de la Ley reformadora del C.C.), por un sistema de control judicial, que requiere previa autorización del juez como regla general, y aprobación judicial a posteriori en los casos de urgencia¹.

Se producía así un primer ajuste a la Constitución en su art. 17.1, en cuanto la determinación de los casos y la forma en que puede ser restringida la libertad individual, si bien la reforma no fue suficiente ni en cuanto al rango formal de la norma reguladora, tal y como ha apuntado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que será analizada *infra*, ni en cuanto a su contenido material, como la doctrina ha puesto de relieve². En este último aspecto, si bien es cierto que el art. 763 LEC ha corregido algunas lagunas de las que adolecía la anterior regulación (como, por ejemplo, la especificación de la competencia judicial, del carácter contencioso del procedimiento, de a quién corresponde dar cuenta del

¹ Disponía este precepto que «El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4., el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento».

² En este sentido, la Fiscalía General del Estado, en su instrucción núm. 3/1990, de 7 de mayo, sobre «Régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad», ya ponía de manifiesto que: «De las investigaciones llevadas a cabo, y que esta Fiscalía General ha tenido conocimiento, se vienen observando graves y generalizadas irregularidades en los ingresos, especialmente en los Centros en régimen de internado. Concretamente, viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior o incluso comunicaciones telefónicas o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas».

internamiento urgente o la posibilidad de interponer recurso³), no es menos cierto que todavía queda lejos de satisfacer con eficacia las garantías procesales que están en juego en estos procesos⁴.

En lo que sigue, se pondrán de relieve las carencias, a nuestro juicio, más relevantes de la regulación actual, se reflexionará sobre la aplicación de este precepto a supuestos no tan relacionados con trastornos psíquicos como con necesidades asistenciales y se evidenciará la necesidad de reforma del procedimiento de los internamientos involuntarios.

II. PRINCIPALES CARENCIAS DE LA REGULACIÓN DE LOS INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS

Numerosas voces se han alzado para reclamar una regulación más exhaustiva sobre los internamientos involuntarios⁵. Y es que es esta una materia

³ Un apunte sobre estas novedades introducidas por el art. 763 LEC puede hallarse en SANTOS MORÓN, M. J., *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 13-19.

⁴ Al respecto, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. consideran, al analizar los internamientos involuntarios, que «se trata de medidas que deben estar rodeadas de garantías, pues no es insólito el caso en que personas sanas y cuerdas han sido objeto, en establecimientos médicos, de lo que penalmente hay que denominar “detenciones ilegales”, especialmente a merced de parientes sin escrúpulos y de facultativos complacientes», en *Sistema de Derecho Civil, volumen I. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, Madrid, 2003, p. 251.

⁵ CALAZA LÓPEZ, S., «El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico», *Revista de Derecho. UNED*, núm. 2, 2007; MERINO GÓMEZ, G., «Autonomía de la voluntad e internamiento psiquiátrico: problemas legales y tratamiento jurisprudencial», *Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 165-169; BARRIOS FLORES, L. F., «La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales», *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, 2012, pp. 31-56; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos», en *Diario La Ley*, núm. 7958, 2012; SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 87, mayo-agosto 2013, pp. 179-222; BERENGUER ALBALADEJO, M. C., «Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 263-309; SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico*, Madrid, Tecnos, 2015; RODRÍGUEZ LAÍN, J. L., «El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional», en *Diario La Ley*, núm. 8763, 2016; ARRIBAS LÓPEZ, E., «Los internamientos involuntarios

especialmente delicada, ya que afecta de pleno al derecho a la libertad personal que es, como es sabido, después del derecho a la vida, el primero de los derechos. En lo que aquí interesa cabe destacar que la implicación de este derecho fundamental no incide solamente en su salvaguardia, sino también en la de las garantías del proceso por el cual se adopta una decisión de internamiento involuntario. En este sentido, a continuación nos detendremos en los aspectos más controvertidos que plantea la normativa vigente: el rango de ley, la relación entre incapacidad e internamiento, la necesidad de asistencia letrada y la intervención del Ministerio Fiscal.

1. El rango normativo

Puede pensarse que huelga decir que la restricción de un derecho fundamental debe establecerse mediante ley orgánica, sin embargo, no fue hasta el año 1994 que no se reparó en esta cuestión en lo que a los internamientos involuntarios se refiere. Lo hizo un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Orihuela (Alicante), al plantear la cuestión de inconstitucionalidad núm. 19/94. En opinión del citado órgano, el precepto que regulaba los internamientos involuntarios, que por aquel entonces era el art. 211 CC, «contradice el derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 de la Constitución, pues se posibilita el internamiento de una persona sin que exista una específica norma procesal legal para su sustanciación. Al no haber sido aprobada alguna norma procesal que regule el procedimiento aplicable al efecto, no existe ley que prevea, tal como requiere el mencionado precepto constitucional, la forma de la privación de libertad. De otro lado, esta norma procesal debería revestir el carácter de orgánica, de acuerdo con lo previsto en el art. 81 de la Constitución».

Pese a estos argumentos, el Tribunal Constitucional, en su STC 129/1999, de 1 de julio, desestimó la citada cuestión de inconstitucionalidad debido a que el párrafo segundo del artículo 211 CC, que era el que cuestionaba el órgano de primera instancia, «no contenía una regulación directa del derecho a la libertad personal encaminada a la delimitación y definición del mismo», sino que era el

por razón de trastorno psíquico: apuntes para una historia normativa inacabada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2018, pp. 201-218; ELIZARI URTASUN, L., «Ingresos de personas mayores en centros residenciales», *InDret*, 2018; VICO FERNÁNDEZ, G., «Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, núm. 1, 2019, pp. 101-160.

párrafo primero el que habilitaba al juez para acordar la privación de libertad de quien padezca trastornos psíquicos. No obstante, esta sentencia cuenta con un voto particular discrepante en el que se considera que ambos párrafos son inescindibles y no deben separarse para excluir el primero del ámbito de la duda de constitucionalidad suscitada.

Once años más tarde, vuelve a pronunciarse en dos ocasiones el Alto Tribunal sobre este mismo asunto, sin embargo, en esta ocasión sí se cuestionaba la constitucionalidad del precepto 763 LEC por entero. Así, las SSTC 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, afirmaron que «La aplicación de la citada doctrina al presente caso [la relativa a la reserva de ley orgánica] nos lleva a declarar la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica». En este mismo sentido se pronunció la STC 141/2012, de 2 de julio⁶, recordando lo ya ordenado en los citados pronunciamientos de 2010.

Ya en el año 2015, cinco años después de la declaración de inconstitucionalidad del precepto mencionado por no tener rango de ley orgánica, el legislador le confirió tal carácter a la norma a través de la disposición final primera de la LEC, introducida por el art. 2º, apartado tres, de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁶ «Instamos entonces al legislador a que a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica, sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo», FJ 3º. Con relación al incumplimiento del legislador, un comentario a dicha sentencia recoge que «Si el viejo refrán de “a la tercera va la vencida” responde a la realidad, harían bien los grupos parlamentarios y los restantes poderes públicos en atender la admonición del Tribunal Constitucional y afrontar, de una vez por todas, que el tema del internamiento de cualquier persona, en cualquier tipo de centro, con visos de continuidad superior al periodo de las setenta y dos horas propio del habeas corpus, exige la regulación mediante ley orgánica y que dicha cuestión, aunque otra cosa pueda parecer, es posiblemente más importante y trascendente que la mayor parte de las iniciativas de los últimos tiempos, respecto de la afirmación y desarrollo de la libertad como derecho fundamental constitucionalmente sancionado y consagrado desde 1978, aunque a algunos todavía hoy pueda parecerles una cierta novedad». LASARTE ÁLVAREZ, C., «El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (Notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio)», *Diario La Ley*, núm. 7968, 2012, p. 14.

Puede afirmarse, entonces, que el art. 763 LEC, supera ya los cánones formales exigidos por la Constitución aunque, a mi entender, de manera poco refinada. Pues, el legislador debería haber sido sensible a la gravedad de estas situaciones y, en consecuencia, haber elaborado una ley orgánica que regule por entero el procedimiento aplicable al efecto. Muestra de ello son las numerosas sentencias dictadas tras 2015 que han sometido a examen la constitucionalidad del proceder de los órganos judiciales y de los facultativos que llevan a cabo estos internamientos (SSTC 13/2016, de 1 de febrero; 22/2016, de 15 de febrero; 34/2016, de 29 de febrero; 50/2016, de 14 de marzo; 132/2016, de 18 de julio; 84/2018, de 16 de julio).

2. La relación entre incapacidad e internamiento

Con respecto a la relación entre internamiento e incapacidad ha de aclarar que el internamiento involuntario puede realizarse con independencia de que la persona objeto del mismo esté incapacitada o no. Es decir, es posible internar a alguien en contra de su voluntad sin que esta persona tenga la capacidad modificada judicialmente. Y es que el internamiento involuntario, tanto ordinario como urgente, encuentra su razón de ser en el trastorno psíquico que sufre un individuo, mientras que la incapacitación es una respuesta legal de protección frente a una situación jurídica determinada. Por ello, hay casos en los que es necesaria la incapacitación pero no el internamiento involuntario (como puede ocurrir con algunas personas que sufren Síndrome de Down); otros casos en los que no existe necesidad de incapacitación por no haber trastornos persistentes pero en los que, sin embargo, en ocasiones exigen que se proceda al internamiento involuntario (como puede darse frente a brotes esquizofrénicos); y, por último, hay casos que requieren la adopción de ambas medidas, el internamiento y la incapacitación (como puede suceder con enfermos de Alzheimer con trastornos conductuales).

En este sentido, otra mejora que introdujo el art. 211 CC con respecto a la legislación anterior fue la de sustituir la expresión «internamiento de un presunto incapaz», que el precepto utilizaba, por la de «internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí». Ahora bien, tal y como apunta el TC, que no quepa confundir internamiento con incapacitación «no significa lógicamente que sean instrumentos jurídicos opuestos, ni que en ocasiones [...] no puedan operar conjuntamente en una relación de

continente a contenido, cuando cabe la apertura de un proceso de declaración de incapacidad, al hilo del cual promover la inmediata adopción de la medida»⁷.

Sin embargo, el hecho de que el internamiento involuntario esté regulado en un artículo de la LEC ubicado dentro del capítulo «De los procesos sobre la capacidad de las personas» no ayuda a delimitar con suficiente nitidez ambas situaciones, cuando es este un punto clave para que el afectado por el internamiento pueda desarrollar de manera efectiva su derecho de defensa, pues habrá que acudir a su tutor legal si estuviera incapacitada y se procediese después a su internamiento, para que éste nombrase abogado y procurador para oponerse en caso de que lo estimara pertinente. Mientras que en casos de internamientos involuntarios de una persona no incapacitada, salvo que se solicite tal incapacitación al hilo de este procedimiento, el nombramiento del representante procesal y de su letrado corresponde a ella misma, como veremos a continuación. Por ello, es este otro argumento de peso que reclama una ley orgánica que sistematice las peculiaridades del procedimiento a seguir en cada caso para privar a estos sujetos de su libertad.

3. La asistencia letrada

La asistencia letrada es pieza clave en el derecho de defensa, no obstante, no es imprescindible en todos los casos⁸ pues hay ocasiones en las que el Ministerio Fiscal puede defender a quien no comparezca con su propia defensa y representación. Así lo establece, en lo que aquí interesa, el art. 758 LEC, cuando afirma que: «El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado».

⁷ STC 34/2016, de 29 de febrero, FJ 6º.

⁸ En este sentido, se asevera en la Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, que «El art. 17.3 CE “garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca”. Esta garantía encuentra su razón en el marco del proceso penal y no implica necesariamente que las restantes formas de detención obliguen a la presencia o asistencia imperativa de Abogado (así, STC 341/1993, de 18 de noviembre)», p. 8.

A este precepto nos remite el apartado 3 del art. 763 LEC, por lo que debe entenderse aplicable tanto a los casos de incapacitación como a los de internamiento.

La STC 22/2016, de 15 de febrero, relativa a la defensa en un internamiento urgente por trastorno psíquico, concreta lo anterior al señalar que el afectado puede optar por un abogado y procurador "que sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio". Además, para los casos en que haya que designar un defensor judicial asevera que este último "puede ser el representante legal del internado (...) o si no quien designe el juzgado". El defensor judicial puede nombrar abogado y procurador, pudiendo también solicitar al juzgado su designación de entre los profesionales de oficio. Con este sistema escalonado, "se evita un vacío en la asistencia jurídica del internado durante este procedimiento especial, en el que está en juego, no debe olvidarse en ningún momento, el derecho fundamental a la libertad de la persona".

Por su parte, la STC 7/2011, de 14 de febrero, en relación con el proceso especial sobre la capacidad de las personas, fue más tajante y no consideró que fuese una opción del defensor judicial el nombrar abogado y procurador, sino un deber. Así, declaró que "aunque el nombramiento de defensor judicial es una institución tendente a garantizar los intereses del presunto incapaz supliendo su inactividad, no puede ser sustitutiva de la voluntad manifiesta de éste de comparecer personalmente en el procedimiento". Añade que "la única posibilidad de hacer efectiva la personación (...) es mediante abogado y procurador, estando vedada legalmente la posibilidad de autodefensa".

Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto una persona no incapacitada que está siendo evaluada sobre un posible trastorno psíquico y que, por tanto, puede que, como dice el art. 763 LEC "no esté en condiciones de decidir por sí misma", tiene suficiente lucidez como para realizar libremente la designación de abogado y procurador con plena eficacia de su derecho de defensa e, incluso, si dicho derecho puede haberse visto conculcado en caso de que se decida *a posteriori* el internamiento de tal sujeto.

Por ello, es este otro elemento de peso que justifica la necesidad de aprobar una ley orgánica que prevea este sistema escalonado de representación y defensa y que concrete tanto la obligatoriedad de ir asistido de abogado y procurador

en estos procesos contradictorios como la persona que ha de designarlos, en función del estado mental de quien se estudia el internamiento.

4. La intervención del Ministerio Fiscal

Según el art. 749 LEC, perteneciente a las disposiciones generales de los procesos civiles especiales, «1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.

2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal».

Por lo que, el Ministerio Fiscal intervendrá como parte en los procesos de incapacitación, pero, ¿qué ocurre con los procesos de internamientos involuntarios? El art. 763.3 LEC establece que antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento se oirá a la persona afectada y al Ministerio Fiscal, pero ¿en calidad de qué?

Y es que, como es sabido, la LEC prevé la intervención del Fiscal de varias maneras, según el tipo de proceso, y con consecuencias distintas. Así, su art. 101 viene a reconocer que en ocasiones el Ministerio Fiscal podrá intervenir en el proceso, y en otras deberá hacerlo. Unas veces se requiere tan solo la audiencia (art. 38) o el informe del Fiscal (art. 514.3). En tales casos, no resulta adecuado hablar del Ministerio Fiscal como parte, pues su función se limita a la de un mero órgano dictaminador. En algunos supuestos tal dictamen resulta preceptivo («en todo caso, el Ministerio Fiscal deberá informar sobre la revisión antes de que se dicte sentencia»: art. 514.3), mientras que en otros la ley le otorga meramente la oportunidad de ser oído (art. 763.3).

Es por ello por lo que la Circular 1/2001, de 5 de abril, Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles,

considera que en los casos de internamientos involuntarios «no es intención de la Ley atribuir al Fiscal la condición de parte en este peculiar procedimiento, sino la de simple dictaminador, toda vez que la Ley dice que el Juez «oirá (...) al Ministerio Fiscal», expresión que resultaría redundante si se tratase de una parte en un proceso contencioso»⁹.

Como no, podrá también el Ministerio Fiscal promover el internamiento involuntario en ausencia de otras personas, en cuyo caso sí actuaría como parte (art. 763.2 LEC que remite al 757 LEC). Podrá también, en caso de que no promuevan dicha solicitud, defender al sujeto que va a ser internado si este no comparece en el proceso con su propia defensa y representación (art. 758 LEC). Asimismo, en todo caso y con independencia del papel que adquieran en el proceso, los fiscales velarán porque se respete la garantía judicial y el proceso contradictorio en los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico; valorarán especialmente la situación personal del afectado a la hora de pronunciarse sobre el cese efectivo de la estancia en el establecimiento; y, a la hora de solicitar o informar sobre la adopción de medidas de protección, tendrán presente especialmente la necesidad de evitar lesiones al derecho a la vida y a la integridad física de la persona afectada.

Pese a que no cabe duda sobre el papel de garante de la legalidad que cumple el Ministerio Fiscal en cualquier tipo de proceso, sería conveniente que, de *lege ferenda*, se aclare qué posición ocupa el Ministerio Fiscal en los casos de internamiento involuntario, así como en los casos en los que este internamiento se solicita junto con la incapacidad del afectado¹⁰.

⁹ Circular 1/2001, de 5 de abril, Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, p. 16. Disponible en: <http://www.prolex.org/attachments/File/CircularesFiscalia/C12001IncidenciaLECIntevencionFiscal.pdf> [Última consulta: 12 de junio de 2020].

¹⁰ Así lo afirma SÁEZ GONZÁLEZ, «Es al legislador a quien corresponde determinar en qué supuestos el Fiscal deberá intervenir como parte de forma obligatoria y en cuales no es precisa su presencia». SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico*, ob. cit., p. 159.

III. DE LA INAPROPIADA EXTENSIÓN A SUPUESTOS DE CARÁCTER ASISTENCIAL O RESIDENCIAL

Tal y como hemos señalado *supra*, en los últimos años son numerosas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con el modo de proceder de los órganos judiciales y de los facultativos que llevan a cabo los internamientos involuntarios (SSTC 13/2016, de 1 de febrero; 22/2016, de 15 de febrero; 34/2016, de 29 de febrero; 50/2016, de 14 de marzo; 132/2016, de 18 de julio). Pues bien, todas estas sentencias tienen en común haber sido dictadas en el marco de un procedimiento de internamiento involuntario decretado sobre personas de la tercera edad. Y es que el envejecimiento de la población está incrementando considerablemente las cifras de internamientos involuntarios adoptados en España.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, subrayó que, en España, más del 32% de las personas mayores de 65 años presentan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población. Además, según la Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, «El porcentaje de personas mayores de 65 años se ha incrementado en las últimas décadas. A este fenómeno hay que añadir otro denominado “envejecimiento del envejecimiento” que consiste en el aumento progresivo del grupo de edad superior a 80 años»¹¹.

Este envejecimiento viene acompañado, en muchas ocasiones, de enfermedades neurodegenerativas que conllevan una alteración psíquica que impide a quien la padece gobernarse por sí mismo (las más conocidas pueden ser el Alzheimer, la enfermedad de Pick, la demencia senil, etc.)¹². Es claro que en estos

¹¹ Circular disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2017-00002&tn=2> [Última consulta: 12 de junio de 2020].

¹² Según afirma ELIZARI URTASUN, «el perfil más frecuente de persona que ingresa en un centro residencial es el de una persona de edad avanzada, en torno a los 80 años, mujer, con una o varias enfermedades crónicas, principalmente neurodegenerativas, que precisa de tratamiento farmacológico y asistencia para las actividades básicas de la vida diaria. Esta simple suma de circunstancias ya debe advertir a los agentes implicados en el ingreso acerca de la alta posibilidad de que el futuro residente tenga sus facultades cognitivas alteradas o disminuidas, sin perjuicio, lógicamente, del necesario examen de cada caso concreto». ELIZARI URTASUN, L., «Ingresos de personas mayores en centros residenciales», ob. cit., p. 8.

casos confluyen dos necesidades: una terapéutica y otra asistencial. Como es sabido, los tratamientos terapéuticos van encaminados a la curación del paciente o, cuando no sea posible, a controlar o frenar su enfermedad. Sin embargo, la finalidad residencial o asistencial ofrece alojamiento, manutención, higiene personal y todas aquellas actividades que no puedan realizar por sí mismas las personas usuarias, así como, en su caso, atención sanitaria y psicosocial.

Esta última, la finalidad residencial o asistencial, es la que parece más adecuada para las personas de la tercera edad aquejadas de una enfermedad degenerativa. En el supuesto que nos ocupa, la cuestión es ¿está pensado el art. 763 LEC para estos casos? Y, si no lo estuviera, ¿respeta todas las garantías su aplicación analógica a ellos? La práctica judicial nos demuestra que su empleo está siendo generalizado para estos supuestos en los últimos años¹³. No obstante, la aplicación analógica de un precepto que restringe el derecho fundamental a la libertad merece ser minuciosamente estudiada.

Por ello, no queremos ceñir el debate a estar de acuerdo o no con esta aplicación, sino más bien a perfilar qué fundamentos determinan el que se pueda aplicar este precepto a los casos de internamientos de personas de la tercera edad. Al respecto, a nuestro parecer, dos son los elementos clave que han de evaluarse para decidir si es o no apropiada la aplicación del artículo 763 LEC. Por un lado, habrá de estarse a si el anciano en cuestión sufre solo la imposibilidad de autocuidarse por causa de un debilitamiento consecuencia de su edad o si a esa imposibilidad de autocuidado le acompaña un trastorno psíquico. Por otro lado, es esencial analizar en caso de que el anciano padezca un trastorno psíquico, si dicho trastorno es curable o no, y si para su curación es aconsejable el internamiento o bastaría con un tratamiento médico ambulatorio.

¹³ Algunos autores han mantenido que, a falta de una previsión legal sobre el internamiento de las personas mayores que no pueden prestar válidamente su consentimiento, parece razonable admitir, en ciertos supuestos, la aplicación analógica del artículo 763 LEC. Vid., entre otros, MESA MARRERO, C., «Los contratos de alimentos y de ingreso en residencia», Díaz Palarea, M. D.; Santana Vega, D. M. (coords.), *Marco Jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, 2008, pp. 112-113; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos», ob. cit., pp. 6-8; VICO FERNÁNDEZ, G., «Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», ob. cit., pp. 108 y ss.

En lo que concierne al primero de los elementos, por todos es sabido que el paso de los años en la tercera edad conlleva deterioros de diversa índole: anatómicos, cerebrales, del sistema nervioso, intelectuales y cognitivos, etc. Sin embargo, estos deterioros no siempre van acompañados de un trastorno psíquico. Según datos de la Junta de Andalucía, alrededor de un tercio de las personas de edades superiores a 65 años sufre un trastorno psíquico. Entre los más habituales se encuentran la depresión, la ansiedad, la hipocondría y las demencias¹⁴. Siendo así, aproximadamente dos tercios de esta población no sufre dichos trastornos, aunque no están exentas de padecer otro tipo de deterioros que les impida autocuidarse. Además, no todos los que sufren algún trastorno psíquico han de ser internados para su curación.

La cuestión es que, en muchas ocasiones, sus familiares no pueden hacerse cargo de su cuidado (ni económica ni personalmente) y quieren recurrir al mecanismo previsto en el artículo 763 LEC para que sus mayores dependientes sean internados en un geriátrico. Estos supuestos no pueden ser encuadrados, de ninguna manera, en el procedimiento que nos ocupa, pues la libertad de decisión del anciano ha de primar sobre la voluntad de sus familiares. Por ello, en estos casos habrá que buscar ayuda en asistentes sociales, para procurar un buen cuidado del anciano¹⁵.

Ahora bien, de otra parte, como decíamos *supra*, puede ser que el anciano, además de deterioros propios de la edad, padezca un trastorno psíquico. Parece claro que, aplicando el anterior razonamiento en sentido contrario, podría afirmarse que el hecho de padecer un trastorno psíquico que le impida decidir por sí mismo, justifica que pueda utilizarse el cauce del art. 763 LEC para internar al anciano en contra de su voluntad o sin ella. Sin embargo, no considero que ello deba siempre ser así.

¹⁴ Manual del auxiliar de enfermería en geriatría, Junta de Andalucía, p. 30. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/recursos/material_didactico/especialidades/materialdidactico_aux_enf_geriatria/manual_alumno_modulo5.pdf [Última consulta: 14 de junio de 2020].

¹⁵ En este sentido, asevera VEGA VEGA que «Existe una serie de situaciones que la mayoría de los autores reconoce como susceptibles de indicar un internamiento psiquiátrico involuntario, cuando existe un riesgo para la integridad del enfermo o para la de quienes le rodean: riesgo de autoagresividad, riesgo de heteroagresividad, pérdida o grave disminución de la autonomía personal con incapacidad para cuidar de sí mismo. VEGA VEGA, C., «Internamientos psiquiátricos. Aspectos médico-legales», en *Atención primaria*, núm. 42, 2010, p. 178.

Respecto a esta idea, relativa al segundo de los elementos a tener en cuenta para determinar si aplicar o no el art. 763 LEC, habría que analizarse si ese trastorno que padece el anciano tiene cura o, al menos, posibilidad de controlarlo o disminuirlo gracias a un internamiento. Es decir, la clave está, en primer lugar, en dilucidar si la mejor opción para el anciano que sufre ese trastorno es internarlo incluso en contra de su voluntad o si, por el contrario, cabría la posibilidad de aplicarle un tratamiento ambulatorio. Y, en segundo lugar, si se considerase que es necesario el internamiento, habrá de argumentarse si dicho internamiento tiene posibilidades de ser revocado o si ha de ser decretado a sabiendas de que no existe posibilidad de que el anciano vuelva a vivir fuera del centro.

En el primer caso, si el anciano que sufre un trastorno psíquico, acompañado o no de otra enfermedad propia del deterioro de la edad, ha de ser internado con la finalidad de curarle dicho trastorno o, en el peor de los casos, frenárselo o controlárselo, la utilización del cauce de internamiento involuntario establecido en el artículo 763 LEC, en nuestra opinión, tendría cabida legal. Pues, con independencia de la edad de quien lo sufre, nos encontramos ante una persona con trastorno psíquico que supone un riesgo para él/ella o para terceros y que no está en condiciones de decidir sobre sí misma. No obstante, si los médicos consideran que el trastorno que padece el anciano no es susceptible de ser controlado ni curado, pero que necesita ser internado para evitar riesgos para sí mismos o para terceros, en nuestra opinión, no cabría a vía del art. 763 LEC. La razón es muy sencilla: el artículo 763 LEC fue previsto para momentos puntuales en los que los enfermos mentales sufrían un brote o un pico de la enfermedad, tal y como lo denominan los psiquiatras. Esto es, la vocación de estos internamientos es claramente temporal pero no *sine die*.

Buena muestra de ello puede hallarse en la dicción del apartado 4 del precepto objeto de estudio que establece que «En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior».

Es por ello por lo que, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el artículo 763 LEC no da cobertura legal a los internamientos involuntarios de

duración permanente¹⁶. En estos casos, incluso aunque se estableciesen revisiones periódicas, éstas carecerían de sentido y serían únicamente establecidas para cumplir con los mandatos de la normativa vigente, pero estarían siendo decretadas en fraude de ley, al no existir la posibilidad de mejoría en ese paciente, ni cada seis meses ni nunca.

IV. CONCLUSIONES

Por todo ello, debe concluirse que procede la sustitución de la escueta regulación contenida en el art. 763 LEC, por otra más acomodada a las exigencias constitucionales, garantizando de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de toda persona («el más fundamental de todos ellos», según el legislador de la Ley sobre Habeas Corpus, en su Preámbulo) sea objeto de la adecuada previsión legal en norma con rango de Ley Orgánica, en la que se contengan, de manera precisa, los casos y la forma en que la privación de libertad ha de producirse.

Esta ley habrá, pues, de contener dos tipos de prescripciones: una primera, relativa a en qué casos o supuestos puede ser una persona privada de su libertad individual, con taxativa y concreta determinación de aquellos, y una segunda no menos esencial, cual es la concreción de las garantías de procedimiento que han de ser observadas para salvaguardar el derecho fundamental concernido. A su vez, a lo largo de este articulado debería repararse en qué exigencias son precisas para llevar a cabo internamientos involuntarios de personas incapacitadas y qué otras han de regir para internar en contra de su voluntad o sin ella a personas no incapacitadas. Todo ello, diferenciando también el procedimiento a seguir en los casos de internamientos involuntarios ordinarios y en los casos de internamientos involuntarios urgentes.

¹⁶ Así lo aprecia también NAVARRO-MICHEL cuando afirma que «Por un lado, debería revisarse el control posterior al ingreso, pues cuando se da una pérdida de la capacidad cognitiva por demencia, por ejemplo, la mejoría no es posible (o no de momento). En estos casos, podría eliminarse el control judicial periódico posterior o, si se decide mantener, se podría acordar, como mínimo, la ampliación de los plazos, pues el deber de informar cada seis meses de la situación de la persona ingresada, cuando no cabe una mejoría, resulta excesivo». NAVARRO-MICHEL, M., «El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial», en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 45, 2019, p. 248.

Y, por último, pero no menos importante, urge la regulación, mediante Ley Orgánica como no podría ser de otro modo, de los internamientos *sine die* que requieren muchos de los ancianos aquejados de un trastorno mental. En este sentido, el artículo 763 LEC no resulta adecuado para proceder a su internamiento, principalmente, por estar previsto para internamientos de corta duración, susceptibles de ser revisados y revocados. Por ello, al igual que se ha creado el 778 bis para el ingreso de menores con trastornos de conducta en centros específicos, debería elaborarse un precepto para el internamiento de ancianos con trastornos que les impidan gobernarse por sí mismos y que no requieran solo de una atención sanitaria, sino también asistencial o residencial.

Bibliografía

- ARRIBAS LÓPEZ, E., «Los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico: apuntes para una historia normativa inacabada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2018.
- BARRIOS FLORES, L. F., «La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales», *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, 2012.
- BERENGUER ALBALADEJO, M. C., «Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014.
- CALAZA LÓPEZ, S., «El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico», *Revista de Derecho. UNED*, núm. 2, 2007.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, volumen I. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, Madrid, 2003.
- ELIZARI URTASUN, L., «Ingresos de personas mayores en centros residenciales», *InDret*, enero, 2018.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (Notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio)», *Diario La Ley*, núm. 7968, 2012.

- MERINO GÓMEZ, G., «Autonomía de la voluntad e internamiento psiquiátrico: problemas legales y tratamiento jurisprudencial», *Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011.
- MESA MARRERO, C., «Los contratos de alimentos y de ingreso en residencia», Díaz Palarea, M. D.; Santana Vega, D. M. (coords.), *Marco Jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, 2008.
- NAVARRO-MICHEL, M., «El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial», en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 45, 2019.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos», en *Diario La Ley*, núm. 7958, 2012.
- RODRÍGUEZ LAÍNIZ, J. L., «El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional», en *Diario La Ley*, núm. 8763, 2016.
- SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico*, Madrid, Tecnos, 2015.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 87, mayo-agosto, 2013.
- SANTOS MORÓN, M. J., *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VEGA VEGA, C., «Internamientos psiquiátricos. Aspectos médico-legales», en *Atención primaria*, núm. 42, 2010.
- VICO FERNÁNDEZ, G., «Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, núm. 1, 2019.

REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS PROCESALES DEL MENOR ENCAUSADO EN EL CONTEXTO JURÍDICO ACTUAL (LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/800 EN EL MODELO ESPAÑOL DE JUSTICIA DE MENORES) ¹

Ágata M.^a Sanz Hermida

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Castilla-La Mancha)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL: NOVEDADES, REINTERPRETACIONES Y ADAPTACIONES. 1. Los derechos del menor encausado desde una perspectiva internacional: ¿hiperprotección o necesaria actuación? 2. La Directiva (UE) 2016/800: contenido y alcance. A) Ámbito de aplicación: su marcado carácter limitado. B) La configuración poliédrica de los derechos del menor encausado. III. EL POSIBLE IMPACTO DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/800 EN EL SISTEMA ESPAÑOL: LA NECESARIA REFORMA DE LA LORRPM.

I. INTRODUCCIÓN

La vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores –en adelante, LORRPM– establece una normativa en este ámbito que, en buena medida, participa de las características

¹ Comunicación presentada en el I Congreso Internacional “La Administración de Justicia en España y América”, celebrado en Sevilla, los días 19 y 20 de septiembre de 2019, en reconocimiento al Prof. Martín Ostos por su trayectoria y, en especial, por su contribución al desarrollo científico de la justicia de menores en España con aportaciones sobradamente conocidas tanto de aspectos históricos, como actuales de la justicia de menores; entre ellas, Jurisdicción de menores (1994); Justicia penal de menores (2008), Especialidades procesales del enjuiciamiento de menores (2008); Los futuros Juzgados de menores (1988); el Consejo General del Poder Judicial y Tribunal de Menores, (1996) o La instrucción del fiscal en el proceso penal de menores: punto de lanza de la reforma procesal que viene (2016), germen de muchas inquietudes investigadoras en este ámbito, entre las que me incluyo.

postconstitucionales que asume el sistema procesal penal², y que se ha concretado en el establecimiento de un modelo de enjuiciamiento penal de menores garante de los derechos y libertades fundamentales vigentes en el ordenamiento, pero a la vez de carácter especializado al tomar en consideración la necesidad de adecuar algunos aspectos precisamente a la condición de menor del sujeto principal del sistema, cuya tutela y protección queda asegurada por el reconocimiento de la especial consideración de su interés³.

En este contexto, el art. 1.2 de la LORRPM señala que "Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España"⁴. Así, y sin perder de vista el siempre vigente

² La existencia de un tratamiento jurídico diferenciado o específico del menor y, por tanto, del menor al que se le imputa un hecho delictivo, considerada desde el modelo de Estado español, social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), descansa en tres pilares fundamentales: en primer lugar, en el reconocimiento constitucional del principio fundamental de igualdad de todos los ciudadanos e interdicción de la discriminación (art. 14 CE), conforme al cual hay que impedir las desigualdades en el trato salvo que exista un motivo razonable que justifique su existencia. En segundo lugar, en la formulación del principio de protección de la infancia (art. 39.4 CE) como principio rector de la política social y económica del Estado. Y finalmente, en la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

³ Es, cuando menos, curioso observar, sin embargo, que la norma fue objeto de sucesivas modificaciones, algunas en el mismo año de su promulgación, introducidas por las Leyes Orgánicas 7/2000; 9/2000; 15/2003 y la 8/2006 que han supuesto una "recriminalización" del sistema, aproximando el modelo al sistema penal de mayores. La posible personación de las víctimas como parte en el proceso, la agravación de las denominadas "medidas de menores", el endurecimiento de las medidas para hechos delictivos cometidos por bandas juveniles, la instauración de los Juzgados Centrales de Menores en el ámbito de la Audiencia Nacional, la posibilidad de que el menor condenado cumpla la medida de internamiento en centro penitenciario de mayores una vez alcanzada la mayoría de edad, no son más que una muestra de ello.

⁴ De modo similar, el art. 3 de la citada LOPJM recuerda y subraya que *los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.*

e infranqueable marco jurídico constitucional, donde se reconocen y sancionan ampliamente los derechos procesales fundamentales de los ciudadanos (la mayor parte de ellos, recogidos en el art. 24), este precepto se remite a otras normas especializadas de carácter internacional y vinculantes para España, entre ellas, de manera expresa, la CDN. Junto a ello, ya en el art. 22 de la LORRPM, bajo la denominación “De la incoación del expediente”, se detallan expresamente algunos los derechos de que dispone el menor investigado/encausado desde el inicio de la causa, la mayor parte manifestaciones del derecho de defensa en sus diversas modalidades, con las necesarias adaptaciones en este ámbito⁵.

Estos derechos deben ser analizados además, a la luz del contexto jurídico internacional pero muy particularmente, por ser nuestro entorno más próximo, de la UE. A este respecto, y sin perjuicio de otros instrumentos a los que se hará referencia más adelante, resulta particularmente importante lo dispuesto en el considerando 43 de la Directiva (UE) 2016/343, que subraya la particular vulnerabilidad de los menores y, consecuentemente, la necesidad de que reciban un grado específico de protección, lo que exige a los Estados establecer garantías procesales específicas para estos sujetos⁶. Esta consideración marca el desarrollo de la Directiva (UE) 2016/800, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o*

⁵ Asimismo, y de forma correlativa al marco constitucional, el art. 17 de la LORRPM se refiere específicamente a los derechos y garantías jurídicas reconocidas a los menores que se encuentran detenidos.

⁶ La necesidad de otorgar una protección específica a sujetos vulnerables a través de instrumentos jurídicos especializados fue subrayada en la *Recomendación de la Comisión sobre garantías procesales para personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales*, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de noviembre de 2010. En este instrumento se entiende por “personas vulnerables”, aquéllas que no puedan comprender y participar eficazmente en un proceso penal debido a su edad, su condición mental o física o sus discapacidades. A estos efectos y con carácter general, la determinación como sujeto vulnerable requerirá un informe o valoración por un especialista –dictamen médico– (recomendación 4), si bien se podrá establecer la presunción de esta condición en determinados supuestos específicos (recomendación 7). En estos casos, la recomendación propone la necesidad de adoptar medidas específicas en relación con el derecho a la información, a la asistencia de letrado, a la asistencia médica, a la protección de la privacidad, a la privación de libertad, además de proponer que los interrogatorios que se hagan a estos sujetos durante la fase de investigación deben ser grabados por medios audiovisuales, aspectos que, como veremos, han quedado incluidos en la Directiva (UE) 2016/800.

*acusados en los procesos penales*⁷ que subraya que los menores deben recibir una atención especial para preservar su potencial de desarrollo y reinserción social (considerando 9). De este modo y para cumplir con el anterior mandato, por un lado, establece las adaptaciones necesarias de los derechos de cualquier investigado o acusado a la condición de “menor de edad” (derecho a la información, art. 4; a la asistencia letrada, art. 5; a un reconocimiento médico, art. 9; derechos durante su detención y posibles medidas alternativas, arts. 10 a 12; a estar presente en juicio, art. 16; en los procedimientos relativos a la orden europea de detención y entrega, art. 17; asistencia jurídica gratuita, art. 18); y, por otro, regula derechos específicos de estos sujetos (derecho a que sea informado de la causa el titular de la patria potestad, art. 5; a una evaluación individual, art. 7; a la grabación audiovisual de los interrogatorios, art. 9; o el derecho a estar acompañado durante el proceso, art. 15, por destacar los más importantes).

II. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL: NOVEDADES, REINTERPRETACIONES Y ADAPTACIONES

1. Los derechos del menor encausado desde una perspectiva internacional: ¿hiperprotección o necesaria actuación?

La implantación de los derechos humanos fundamentales al ámbito de la justicia de menores y el reconocimiento de la necesidad de otorgarles una especial

⁷ Sobre la evolución, contenido y desarrollo específicos de esta Directiva, cfr. JIMÉNEZ MARTÍN, J., “Garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en el proceso penal: cuestiones derivadas de la Directiva 2016/800/UE, de 11 de mayo”, en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO, *Garantías procesales de investigados y acusados: situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 177-200; DEMETRIO CRESPO/SANZ HERMIDA, “Avances en el reconocimiento de los derechos de los menores sospechosos o acusados en procesos penales: la nueva Directiva 2016/800”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 25, mayo de 2016; LARO GONZÁLEZ, M^º. E., “Garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en el proceso penal. A propósito de la Directiva 2016/800/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016”, en *Justicia de menores*, 2019, pp. 21-30; GÓMEZ DE LIAÑO POLO, C., “La Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales” en *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 4, N^º. 2, 2016, págs. 182-185; PILLADO GONZÁLEZ, E., “Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de responsabilidad penal del menor”, *Revista General de Derecho Europeo*, N^º. 48, 2019.

protección⁸ siguió un proceso paralelo al de los mayores, aunque asimétrico desde un punto de vista temporal⁹, y se ha sustanciado en la elaboración de diversos textos convencionales internacionales y en la adopción de preceptos constitucionales y textos normativos nacionales, muchos de ellos, de carácter especializado. Entre éstos destacan, a nivel mundial, la «Declaración de Ginebra» sobre derechos del niño de 1924 y la «Declaración de los derechos del niño», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Ya a partir de la década de los 80 del pasado siglo, se pusieron los cimientos de lo que puede considerarse el «edificio global de la justicia de menores», cuya base está asegurada por la elaboración y aprobación de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 –considerada como la Carta Magna de la minoridad–¹⁰ y cuyas parcelas de intervención se concentran en tres pilares básicos: el establecimiento de diversas medidas de prevención de la

⁸ No es objeto de este estudio hacer un análisis histórico del complejo proceso del nacimiento de la justicia de menores y su evolución, que ya ha sido objeto de trabajos anteriores (cfr. *El nuevo proceso penal del menor*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2002) a cuya lectura me remito. No obstante, no se puede prescindir, aunque sea de manera muy sintética, de algunas referencias al más reciente contexto histórico de reconocimiento de las garantías procesales fundamentales para entender el por qué de la Directiva en el contexto jurídico actual.

⁹ Básicamente, el proceso de implantación internacional de los derechos humanos se puede reconducir a tres estadios: el primero, con el reconocimiento por la comunidad internacional de que todos los individuos –incluidos los menores– como objeto del derecho internacional requieren una protección legal de ámbito internacional. Un segundo estadio, en el cual se llega al reconocimiento propiamente dicho de esos derechos sustantivos, junto con la búsqueda de un sistema de garantías –básicamente formal– de los mismos. Finalmente, un tercer estadio, que parte del reconocimiento de que los individuos deben poder disfrutar el ejercicio de estos derechos fundamentales por lo que necesitan que se establezcan los mecanismos que aseguren su pleno ejercicio y disfrute como, por ejemplo, el reconocimiento de la capacidad procesal necesaria para el ejercicio y la demanda de esos derechos y libertades, en caso de incumplimiento. VAN BUEREN, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 1.

¹⁰ Además del amplio catálogo de derechos del menor establecidos en dicho instrumento destacan, por lo que se refiere a los derechos del menor investigado/encausado las disposiciones contenidas en los arts. 37 y 40. A este respecto, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha elaborado diversas observaciones en las que se analiza la situación de reconocimiento y efectividad de los derechos de los menores destacando, por lo que se refiere al objeto de estudio, las Observaciones Generales Nº 10 (2007) *Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, de 25 de abril; Nº 12 (2009) sobre *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 1 de julio; Nº 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo; Nº 24 (2019) *relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*, de 18 de septiembre.

delincuencia de menores (Directrices Riad)¹¹, la instauración de un sistema progresista de justicia de menores (Reglas de Beijing)¹² y, finalmente, la salvaguarda de los derechos fundamentales y búsqueda de la reinserción social en materia de menores no privados de libertad (Reglas de Tokio)¹³ o, en su caso, privados de libertad¹⁴.

De modo similar encontramos instrumentos regionales de nuestro entorno más próximo en el que son especialmente significativas las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (1987) 20, de 17 de septiembre de 1987, *sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*; R (2003) 20, de 24 de septiembre, *sobre nuevas formas de tratar con la delincuencia juvenil y el rol de la justicia juvenil*; R (2008) 11, de 5 de noviembre, *sobre reglas europeas para delinquentes juveniles sujetos a sanciones o medidas*, instrumentos normativos no vinculantes pero que han ejercido un papel decisivo en la consolidación de los derechos de los menores en el entorno europeo¹⁵.

¹¹ Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

¹² Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*.

¹³ Resolución 45/110, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *sobre reglas mínimas de las Naciones Unidas para la elaboración de medidas no privativas de libertad*.

¹⁴ Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de Naciones Unidas para la *protección de los menores privados de libertad*.

¹⁵ Todo ello sin perjuicio del también papel fundamental del TEDH que, en interpretación del CEDH ha tenido en el reconocimiento y consolidación de los derechos humanos en el ámbito de la justicia de menores. A este respecto, si bien el TEDH no ha impuesto para el enjuiciamiento de los menores delinquentes la obligación de establecer un sistema específico, sí ha recogido los fundamentos que podrían justificar la especialización, como el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 del CEDH) conforme al cual el establecimiento de un proceso y procedimiento de reforma de menores diferente del proceso penal ordinario encuentra su justificación «objetiva y razonable», en el carácter «protector y no represivo del procedimiento aplicable a los menores» (STEDH de 29 de febrero de 1988, asunto Bouamar c. Bélgica, n. 9106/80, ECLI:CE:ECHR:1988:0229JUD000910680); referidos a la imparcialidad del órgano jurisdiccional en el proceso de menores y la posibilidad de que un mismo juez lleve a cabo algunas funciones de instrucción y de enjuiciamiento de menores (STEDH, de 24 de agosto de 1993, a. Nortier c. Países Bajos, n. 13929/88, ECLI:CE:ECHR:1993:0824JUD001392488); la consideración de que el enjuiciamiento de un menor como un mayor puede provocar en este sujeto un sufrimiento elevado, debido fundamentalmente a la corta edad de los sujetos sometidos a este tipo de causas penales, a la prolongada duración que suelen tener, su carácter público, el formalismo ritual a seguir y la no

Ya en el contexto de la UE, sin perjuicio de instrumentos de diversa naturaleza cuyo objetivo ha sido mejorar la protección de los derechos de los menores, entre los que destaca la Resolución A3-07172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una «Carta Europea de los derechos del niño», en la actualidad la actuación de la UE se asienta sobre tres ejes fundamentales¹⁶: el reconocimiento, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de los derechos específicos del niño (art. 24), sin perjuicio de la aplicación de otros derechos fundamentales que, como persona, también le asisten; el establecimiento, como uno de los valores y principios de la UE, de la protección de los derechos del niño (art. 3.3 TUE); y la elaboración de políticas y estrategias para contribuir al fortalecimiento de los derechos del menor, reconocido como una prioridad de la UE¹⁷.

La multiplicidad de instrumentos de carácter multinivel, e incluso, duplicidad normativa –la que corresponde al menor como ciudadano y la que le se le brinda en atención a su edad–, no ha dado, sin embargo, lugar a una hiperprotección¹⁸.

especialización del órgano jurisdiccional (STEDH de 16 de diciembre de 1999, A. T. y V. c. Reino Unido, A. 24888/94 y 24724/88, ECLI:CE:ECHR:1999:1216JUD002488894); el derecho de acceso a un abogado, STEDH, de 11 de diciembre de 2008, asunto PANOVITS v. Chipre, A.. 4268/04,, ECLI:CE:ECHR:2008:1211JUD000426804 o, la consideración de la reinserción de los menores, de conformidad con el art. 40 CDN, como uno de los objetivos de la justicia de menores (STEDH (Gran Sala), de 23 de junio de 2008, asunto Maslov c. Austria, no 1638/03, apdos. 36-38 y 83 (ECLI:CE:ECHR:2008:0623JUD000163803)), por destacar algunos ejemplos.

¹⁶ Cfr. Agencia de derechos fundamentales de la UE (FRA), *Handbook on the European Law relating to the rights of the child*, 2015, p. 20.

¹⁷ Como se señala en la *Comunicación de la Comisión, de 4 de julio de 2006 - Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia* [COM (2006) 367 final], donde se describe el proceso que debe conducir a la definición de una estrategia a largo plazo de la UE en el ámbito de los derechos de la infancia; la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de febrero de 2008 - Un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE [COM(2008) 55 final] que, continuando la estrategia anterior, contribuye a definir un plan de acción en favor de la infancia en la acción exterior de la UE y las *orientaciones de la UE para la promoción y protección de los derechos del niño*, adoptadas por el Consejo el 10 de diciembre de 2007, que representan la base de acción de la UE en materia de protección y promoción de los derechos del niño en su política exterior.

¹⁸ Esta doble perspectiva es claramente subrayada por el Consejo de Europa en su *Estrategia sobre los derechos de los niños y las niñas* (2016-2021) al señalar que “Los niños en los Estados miembros del Consejo de Europa tienen derecho a gozar de todos los derechos humanos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre éstos se cuentan

En efecto, por un lado, parece haberse llegado a un cierto consenso internacional respecto del diseño del sistema de justicia para los menores que debe ser accesible, rápido, diligente, adaptado y enfocado a las especiales necesidades del menor; y debe respetar los derechos al proceso debido, a participar y a ser oído en el proceso, al respeto de su vida privada y familiar, así como de su integridad y dignidad¹⁹. No obstante, son numerosos los estudios e instrumentos de diversa naturaleza que subrayan los déficits que, en la actualidad, persisten, subrayándose que los niños tienen derechos específicos a los que el sistema judicial no suele responder de manera adecuada, siendo uno de los obstáculos más importantes, el hecho de que la justicia esté “concebida para los adultos”²⁰, de modo que continúa siendo necesaria una actuación más proactiva y efectiva de los Estados.

Por ello, la Directiva (UE) 2016/800 subraya que los menores deben recibir una atención especial para preservar su potencial de desarrollo y reinserción social (considerando 9) y persigue garantizar, por lo que respecta a los derechos del menor sospechoso o acusado en procesos penales, el efectivo cumplimiento de las normas vinculantes existentes²¹, a través de una armonización de “mínimos”, que, por un lado, posibilita que los Estados miembros puedan establecer un mayor nivel de protección, sin que pueda constituir un obstáculo al reconocimiento recíproco de resoluciones judiciales; y, por otro lado, les impide otorgar un nivel de protección inferior al establecido en la CDFUE o en el CEDH,

los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Esta Estrategia pretende abarcar todas estas categorías de derechos humanos, y establece el compromiso del Consejo de Europa y de sus Estados miembros de hacer estos derechos una realidad para todos los niños”.

¹⁹ *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los niños*, de 17 de noviembre de 2010, cuyo alcance y finalidad viene marcado en el apartado I al afirmar que “Las Directrices deberían aplicarse a todas las situaciones en las que los niños son susceptibles, por cualquier razón y en cualquier condición, de entrar en contacto con cualquier órgano o servicio competente implicados en temas de justicia penal, civil o administrativa”.

²⁰ *Estrategia del Consejo de Europa para los derechos de los niños y niñas (2016-2021). Derechos humanos de los niños*, ya citada, en especial, punto 17.

²¹ La presente Directiva promueve los derechos y principios fundamentales reconocidos por la Carta y por el CEDH, incluidos la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la integridad de la persona, los derechos del menor, la integración de las personas discapacitadas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. La presente Directiva debe aplicarse de conformidad con esos derechos y principios.

conforme a la interpretación de los citados instrumentos por el TJUE y el TEDH (considerando 67).

2. La Directiva (UE) 2016/800: contenido y alcance

A) *Ámbito de aplicación: su marcado carácter limitado*

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, puede afirmarse que la Directiva (UE) 2016/800 es una norma de marcado –y consciente– carácter limitado. En primer lugar, porque se trata de una regulación de mínimos, en los términos que se acaban de describir; pero además, por su más que evidente renuncia, no sólo a regular lo que podría constituir el modelo de la UE de un sistema de justicia de menores, sino porque ni siquiera profundiza y todos y cada uno de los derechos que, de conformidad con el contexto actual de protección de garantías procesales fundamentales, deben reconocerse a un menor sospechoso o acusado en un proceso penal. Es, por ello, una norma de mínimos-mínimos que, además, y tomando en cuenta el marco normativo europeo relativo al desarrollo de los derechos del sujeto pasivo del proceso penal, aboca a los Estados miembros a realizar una cuidadosa labor de encaje de las referencias a especialidades para el menor encausado establecidas en otros instrumentos europeos²², con las

²² En el año 2009 se aprobó el *Plan de trabajo para reforzar los derechos de los sospechosos y acusados* en el que se proponían diversas medidas con el objetivo de afianzar su reconocimiento en los ordenamientos de los Estados miembros y con ello, alcanzar unos estándares mínimos comunes de protección en el ámbito de la Unión. Este Plan de trabajo fue asumido en el 2010 por el denominado Programa de Estocolmo, *Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, que además subrayaba que podían incorporarse otras medidas complementarias; entre ellas, las destinadas a reforzar el derecho a la presunción de inocencia. El citado Plan de Trabajo contiene una propuesta de 6 medidas orientativas para reforzar y dar efectividad a derechos procesales de sospechosos y acusados en un proceso penal en el ámbito de la UE. Estas medidas van desde el derecho a la *traducción e interpretación* (medida A), a la *necesaria información sobre derechos e información sobre cargos* (medida B), al *asesoramiento jurídico y justicia gratuita* (medida C), la *comunicación con los familiares, empleador y las autoridades judiciales* (medida D), las *salvaguardias especiales para acusados o sospechosos vulnerables* (medida E) o el *libro verde sobre la detención provisional* (medida F). Estas medidas no suponen un *numerus clausus* o un listado acotado de posibles actuaciones a llevar a efecto y su orden tampoco es vinculante. Estas previsiones se han traducido, hasta la fecha, en diversas Directivas europeas referidas a distintos derechos del *sospechoso* o *acusado* en el proceso penal. como el derecho a la traducción e interpretación [Directiva (UE) 2010/64 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*]; a la información (Directiva (UE) 2012/13, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, *relativa al derecho a la información en los procesos penales*; a la asistencia letrada

nuevas medidas introducidas en la Directiva (UE) 2016/800, objeto de este comentario.

Así, por lo que se refiere al ámbito "*ratione personae*", la Directiva deja sin solucionar, en primer lugar, uno de los grandes problemas de los distintos sistemas jurídicos de justicia de menores, a saber, la definición de "menor" en este contexto, lo que además no es su pretensión, como señala claramente el apartado 5 del art. 2 al disponer que esta Directiva "no afectará a las normas nacionales por las que se establece la edad de responsabilidad penal". Tan sólo de manera prácticamente simétrica a la CDN, acota la minoría de edad en su límite superior, acudiendo a un criterio estrictamente biológico, al fijar los 18 años como la edad que, con carácter general, se alcanza la mayoría a efectos penales (art. 3.1). Por tanto, se fija así el ámbito subjetivo de aplicación de las garantías específicas establecidas en la Directiva, sin perjuicio, no obstante, y como se ha comentado, de la posibilidad de que algunos sistemas jurídicos opten o hayan previsto su ampliación a sujetos que, habiendo cometido el ilícito antes de superar esa edad, vayan a ser enjuiciados o se les vaya a aplicar una medida una vez cumplidos los 18 años²³.

[Directiva (UE) 2013/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 presunción de inocencia [Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *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*]; los derechos de los menores sospechosos o acusados de un delito [Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*] o el derecho a la asistencia jurídica gratuita [Directiva (UE) 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de octubre de 2016, *relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procedimientos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención*]. Cada uno de los citados instrumentos, dentro de su respectivo ámbito de aplicación, recuerda a los Estados su naturaleza marcadamente uniformadora y de mínimos, lo que unido a ese objetivo gradual subrayado en el Plan de Trabajo, por un lado, posibilita, como resulta evidente, alcanzar mayores estándares de protección dentro de cada Estado miembro. Pero por otro, explica el alcance limitado de sus disposiciones, tanto por su extensión, como por sus objetivos.

²³ Como se señala en el art. 2.3 y se desarrolla en los considerandos 11 y 12, posibilitando que los Estados miembros tomen en cuenta, todas las circunstancias del caso, entre ellas la madurez y la vulnerabilidad de la persona de que se trate.

La determinación de la edad del sujeto se hará acudiendo a las prácticas habituales en los Estados, restringiendo la utilización de pruebas médicas para su concreción, que, en todo caso, deben practicarse respetando los derechos del menor, particularmente la necesaria protección de su integridad física y su dignidad. Como norma de cierre, se establece una presunción favorable a la minoría de edad del sujeto (art. 3.3 in fine y considerando 13).

En cuanto al ámbito "*ratione materiae*", al menor se le reconocerán las garantías procesales establecidas en la Directiva siempre que:

1. Se trate de un menor sospechoso o acusado en un proceso penal, tal y como resulta de la delimitación establecida en el art. 2, especialmente apartados 1 y 6, pudiendo excluirse la aplicación en supuestos de infracciones leves, que no comporten la aplicación de medidas privativas de libertad o de las que conozcan un órgano distinto al jurisdiccional con competencia penal (conforme a lo previsto en el art. 2.6 y considerandos 15 y 16 de la Directiva).

2. Se trate de personas menores buscadas en virtud de una orden europea de detención (art. 2.2 en relación con lo previsto en el art. 17).

Por lo que se refiere al ámbito "*ratione temporis*", las garantías se aplicarán:

a. En el caso de menores sospechosos o encausados (art. 2.1) desde el inicio del proceso penal hasta su finalización por decisión definitiva que determine si el sospechoso o acusado ha cometido una infracción penal, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso.

b. A los menores que sean personas buscadas, a partir del momento de su detención en el Estado miembro de ejecución de conformidad con el artículo 17 (art. 2.2) y en los casos en que el menor sea privado de libertad, en cualquier fase en que se encuentre la causa (art. 2.6 in fine).

c. En los casos en los que se produce un cambio en el *status* procesal del menor de testigo a investigado (art. 2.4), desde el momento en que, durante el interrogatorio surjan indicios de responsabilidad del menor, debiendo ponerse fin de inmediato al mismo.

B) La configuración poliédrica de los derechos del menor encausado

Una de las características más relevantes de la Directiva (UE) 2016/800 y que ya se ha apuntado, es que no regula todos los derechos del menor sospechoso o acusado en los procesos penales y ni siquiera todos los que aparecen expresamente reconocidos lo están de manera completa, constituyendo buena parte de éstos meras adaptaciones de la regulación de “mayores” a la menor edad de sus destinatarios y siendo, tan sólo unos pocos, de aplicación específica en este ámbito. El resultado es una concepción poliédrica de los derechos del menor encausado que necesariamente ha de llevar a los Estados miembros a complementar la transposición de esta Directiva con las disposiciones ya adaptadas de Directivas anteriores²⁴ y que recogen algunas proyecciones de los derechos de los mayores en el ámbito de menores (aunque de manera mucho más genérica), sin perjuicio, como resulta obvio, de la necesidad de incorporar y respetar las garantías procesales básicas de los menores incluidas en otros instrumentos internacionales de carácter vinculante, particularmente, de lo previsto en la CDN.

Evidentemente, la mayor o menor eficacia y repercusión de la Directiva en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros va a depender, en muy buena medida, no sólo de la adecuación inicial de sus respectivos sistemas de justicia de menores a las exigencias de protección de las garantías procesales fundamentales a los menores de edad, sino de la más o menos marcada voluntad de los legisladores internos de mejorar el nivel de protección de la Directiva y, evidentemente, de su capacidad para hacer una correcta y adecuada lectura del sistema desde esa necesaria visión multinivel y poliédrica regulación de los derechos de los menores encausados, lo que puede restar efectividad a la Directiva²⁵.

²⁴ No obstante, hay que tener en cuenta que las Directivas sobre el derecho a la interpretación y traducción en los procedimientos penales y la Directiva sobre el derecho a la información no incluyen garantías específicas para los menores, aunque la última contiene disposiciones que abordan la situación de sospechosos o acusados vulnerables.

²⁵ La tutela multinivel genera, como ponen de manifiesto diversos autores, importantes problemas de interpretación, debido al distinto contenido y alcance de normas llamadas a regular un mismo derecho o institución jurídica. GÓMEZ DE LIAÑO POLO, C., “La Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, 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”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, diciembre 2016, 178-181, pág. 179. Junto a ello, en España, existen importantes problemas interpretativos debidos, también a la supletoriedad de la LECRim que quizá también puede explicar el olvido del legislador en la trasposición de las

Entre los derechos “adaptados” a los menores, la Directiva se refiere en primer término, al derecho a la información (art. 4), lo que resulta coherente con la naturaleza de esta garantía, presupuesto indispensable para un ejercicio efectivo del resto de los derechos de la defensa²⁶. Por ello, se pretende dotar al este derecho de un plus de protección respecto a su contenido cuando se aplica a una persona mayor de edad a partir, fundamentalmente, de dos elementos de refuerzo: proporcionar al propio menor la información detallada, de manera comprensible y accesible a su edad, incluyendo los aspectos relativos al desarrollo del proceso²⁷, debiéndose en unos casos, informar al menor “con prontitud” (derechos a la asistencia letrada, asistencia jurídica gratuita, protección de su vida privada, información al titular de la patria potestad, así como ser acompañado por el mismo) y, en otros, en la fase más temprana posible del proceso (derechos al reconocimiento médico; a la evaluación individual; a estar presente en juicio; a ser acompañado a las vistas por el titular de la patria potestad, derechos de la detención y medidas alternativas a las mismas...). Y, en segundo lugar, estableciendo la necesidad de que, quién o quiénes ostentan la patria potestad sean también debidamente informados (art. 5), como medida de equidad del proceso (considerando 22) salvo en los casos en los que concurran motivos objetivos y fácticos que indiquen o hagan sospechar que facilitar la información al titular de la patria potestad podría comprometer seriamente el proceso penal (considerando 23).

previsiones específicas referidas a los menores, como consecuencia de la implementación de las Directivas Europeas sobre diversos derechos del sujeto pasivo del proceso penal a que se ha hecho referencia, como defiende JIMÉNEZ MARTÍN, J., “El derecho a la asistencia letrada del menor de edad sospechoso o acusado: cuestiones derivadas de las Directivas europeas”, en *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 1-2019, pp. 118-143, p. 143.

²⁶ De ahí que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación n. 32, haya declarado que «el derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos formulados contra ella, consagrado en el apartado a) del párrafo 3, es la primera de las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el artículo 14» (apdo. 31) y esta trascendencia ha justificado, en el contexto de la UE, la aprobación de la anteriormente Directiva (UE) 2012/13.

²⁷ Algunos autores subrayan que no se incide especialmente en dos elementos fundamentales: en primer lugar, el control efectivo del cumplimiento de este derecho fundamental (determinación de cómo se va a proporcionar la información; quién debe darla; en qué momento y con qué contenido exacto, etc.) ya que en la Directiva se deja un amplio margen a los Estados; en segundo lugar, que no se haya enfatizado la necesidad de informar de los cargos al menor. JIMÉNEZ MARTÍN, J., “El derecho a la asistencia letrada...”, *op. cit.*, pp. 134 y ss.

Asimismo se regula el derecho a una asistencia letrada efectiva, y sin demora indebida (art. 6), de conformidad con lo dispuesto en la Directiva (UE) 2013/48, tomando además particular consideración de la situación de vulnerabilidad del menor²⁸. De ahí que se trate de garantizar no sólo el acceso a la asistencia letrada, sino la participación efectiva del abogado en los interrogatorios o en actos de investigación u obtención de pruebas (careos, reconstrucción de hechos y ruedas de reconocimiento)²⁹; el derecho a una entrevista reservada previa, incluso antes del interrogatorio; la confidencialidad de las comunicaciones letrado/menor, con las excepciones ya incluidas en la Directiva 2013/48 y siguiendo una regulación bastante simétrica de lo allí dispuesto. Se posibilita a los Estados poder establecer excepciones a la obligación de prestar la asistencia letrada³⁰, partiendo de la base de que el interés superior del menor siempre debe constituir una consideración primordial pero no para la detención u otra medida privativa de libertad, aspectos ya previstos, por otro lado, en la Directiva (UE) 2013/48³¹.

²⁸ Sin embargo, se olvidan cuestiones importantes en cuanto a la garantía efectiva de este derecho en todas las fases del proceso penal, incluyendo la necesidad de establecer un sistema de defensa pública, permanente y profesionalizada como instrumento para tutelar de una manera más adecuada este fundamental derecho del menor, como defiende JIMÉNEZ MARTÍN, J., “El derecho a la asistencia letrada...”, op. cit., p. 143.

²⁹ En el considerando 28 se señala que no es obligatoria la asistencia letrada al menor en las siguientes actuaciones: la identificación del menor –salvo las mencionadas ruedas de reconocimiento–; la decisión de si debe iniciarse una investigación; la comprobación de la posesión de armas u otras cuestiones de seguridad similares; los actos de investigación o de obtención de pruebas que no sean los mencionados específicamente en la presente Directiva, como los cacheos, los reconocimientos físicos, los análisis de sangre, de detección de alcohol u otros similares, o la obtención de fotografías o de huellas dactilares.

³⁰ No obstante, la obligación de los Estados de garantizar este derecho no incluye las siguientes actuaciones: la identificación del menor; la decisión de si debe iniciarse una investigación; la comprobación de la posesión de armas u otras cuestiones de seguridad similares; los actos de investigación o de obtención de pruebas que no sean los mencionados específicamente en la Directiva (UE) 2016/800, como los cacheos, los reconocimientos físicos, los análisis de sangre, de detección de alcohol u otros similares, o la obtención de fotografías o de huellas dactilares; o la presentación del menor ante una autoridad competente o su entrega al titular de la patria potestad o a otro adulto adecuado de conformidad con el Derecho nacional.

³¹ En el considerando 31 de la Directiva (UE) 2016/800 se señala que, se puede limitar su obligación, en fase prejudicial, cuando existan razones imperiosas, por ejemplo, una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o cuando sea imperativa una actuación inmediata de las autoridades de investigación para evitar comprometer seriamente el proceso penal en relación con una infracción penal grave.

Especial mención merece la regulación de situaciones de especial vulnerabilidad del menor referidas a su limitación de libertad cuya aplicación debe estar sometida al principio de *ultima ratio* (art. 10), apelando a que los Estados prevean medidas alternativas a la privación de libertad (art. 11), debiendo gozar los menores de un tratamiento específico en caso de privación de libertad (establecimientos adecuados; detención en lugares separados de los adultos; por el menor tiempo posible, etc.; cfr. art. 12). Todo ello sin perjuicio, como no podía ser de otro modo, del reconocimiento y aplicación de los derechos procesales esenciales del menor (arts. 4, 5, 6, 8, 10 a 15 y 18) a los procedimientos relativos a la orden europea de detención (art. 17).

Finalmente, por lo que se refiere a las modulaciones específicas de derechos generales de cualquier investigado o encausado, se incluyen aspectos relativos a los reconocimientos médicos que sirven para determinar el estado físico y mental en general, así como la capacidad del menor para ser sometido a un interrogatorio u otras medidas de investigación o cautelares (art. 8); o la necesidad de velar muy especialmente por su derecho a la protección de la vida privada como garantía, además, de su reinserción, a cuyo efecto se posibilita, entre otros, que los juicios puedan celebrarse a puerta cerrada, así como evitar la difusión de imágenes del menor o controlar que las grabaciones no se hagan públicas (art. 14)³².

Pero junto a estas especialidades o modulaciones de derechos procesales, la Directiva recoge también algunos instrumentos específicos para los menores como es el derecho a una evaluación individual (art. 7), la grabación audiovisual de sus declaraciones (art. 9), la necesidad de que se dé un tratamiento rápido y diligente a los asuntos penales que les afecten a los menores (art. 13) o el ya mencionado derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso salvo que vaya en perjuicio del menor (art. 15). De éstos, por su importancia, vamos a destacar esencialmente dos:

En primer lugar, el derecho a una evaluación individual, instrumento esencial para una adecuada individualización o, si se prefiere, adaptación del sistema a las peculiares circunstancias del menor (cfr. considerandos 35 y 36). Permite tomar

³² Sobre la protección del derecho a la intimidad del menor, cfr. PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E.C., "Garantías procesales de la intimidad del menor", *Justicia de Menores*, Astigi, 2019, pp. 157-162.

conocimiento de la situación personal, social y familiar del menor al objeto de:

- determinar si procede adoptar alguna medida específica en favor del menor;
- evaluar la adecuación y efectividad de las medidas cautelares en relación con el menor;
- adoptar decisiones o medidas en el proceso penal, incluida la imposición de la condena.

En segundo lugar, la grabación de los interrogatorios por medios audiovisuales, previsión referida, sin embargo, a los interrogatorios efectuados por la policía u otras autoridades (no judiciales) durante el proceso penal siempre y cuando ello sea proporcionado con las circunstancias del caso, habida cuenta, entre otras, "de si está presente o no un letrado y de si el menor está privado de libertad o no, a condición de que el interés superior del menor siempre constituya la consideración primordial", principio de actuación habitualmente utilizado en el ámbito de los menores, criterio interpretativo básico y elemento de ponderación en la actuación de los poderes públicos que, pese a su incidencia e importancia, no aparece definido ni delimitado en ningún momento.

Llama la atención que no aparezca referenciado directamente en el enunciado de los catálogos del derecho del menor, el derecho a ser oído³³, cuya necesaria aplicación no sólo se deriva de textos internacionales vinculantes, sino de lo dispuesto en el art. 16 de la Directiva 2016/800, ya que, al regular el derecho del menor a estar presente en juicio y tener una participación efectiva en el mismo, en el apartado primer del citado artículo, se refiere expresamente a que se le proporcione la oportunidad de ser oídos y expresar su opinión. Esta previsión no es más que una manifestación del derecho del menor a ser oído establecido en el art. 12 de la CDN, artículo que reconoce de forma amplia el derecho del niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio a expresar su opinión libremente en todos los asuntos –incluidos procedimientos judiciales de toda naturaleza o administrativos– que le afecten. Lejos de poder ser considerado como un derecho más, el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado su importancia al afirmar que debe ser valorado como uno de los cuatro principios generales de la Convención, –junto con el derecho a la no discriminación, a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño–,

³³ Sobre su contenido, cfr. SANZ HERMIDA, A.M., "El derecho del niño a ser oído. A propósito de las recientes reformas en el sistema legislativo español y su incidencia en la declaración del menor como víctima del delito", en *Anuario de Justicia de Menores*, 2016, n. XVI, pp. 13-39.

aspectos que, sin duda, deben ser tomados en cuenta en el momento de garantizar la efectividad de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa.

III. EL POSIBLE IMPACTO DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/800 EN EL SISTEMA ESPAÑOL: LA NECESARIA REFORMA DE LA LORRPM

La sintética visión realizada de la Directiva lleva a extraer algunas consecuencias de importante calado, tanto por su repercusión en el contexto de la UE, como particularmente, en nuestro derecho interno. Así, en primer lugar, se ha perdido la oportunidad de avanzar más y de manera más eficaz en la armonización de los sistemas de justicia de menores: este instrumento, no sólo no es completo, ni siquiera por lo que se refiere al catálogo de derechos de menores sospechosos o acusados en procesos penales, sino además, en lo relativo a derechos generales ya reconocidos, las modulaciones que se contienen avanzan poco respecto a lo que ya se había previsto en anteriores Directivas referidas a distintos aspectos de los derechos de sospechosos o acusados en procesos penales. A este respecto, omite, por ejemplo, referencias específicas a instrumentos de tutela para menores extranjeros sospechosos o acusados en procesos penales, colectivo especialmente vulnerable y que, en el contexto actual, debe ser objeto también de preocupación especial por las autoridades europeas³⁴, para el que se debe prestar particular atención, entre otros, a los derechos a la traducción e interpretación. Además, deja importantes márgenes a los Estados en la trasposición de la Directiva en aspectos tan importantes como la forma de informar de los derechos del menor; la necesidad o no de la especialización del personal que informa; la forma de articular la efectividad de su derecho a ser oído; la concreción de las distintas manifestaciones del derecho a la asistencia letrada, por ejemplo, en los casos en los que el menor puede ser derivado a otros instrumentos de justicia restaurativa; o, sin ánimo de exhaustividad, la determinación precisa de la minoría de edad a efectos penales.

³⁴ De la situación de este colectivo da cumplida referencia el *Informe Nacional de España sobre derechos procesales de menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, elaborado por un equipo de investigación integrado por Esther Fernández Molina (redactora, a su vez, del informe) y Pilar Tarancón Gómez, bajo la coordinación de *Rights International Spain*. En el marco del Proyecto PRO JUS (2016) y accesible en <https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2016/12/derechos-procesales-de-los-menores-sospechosos.pdf>

No obstante, la apuesta por este instrumento específico, donde se recogen los derechos de los menores puede servir de llamada de atención a los Estados miembros, particularmente cuando al trasponer esas Directivas precedentes, no hayan prestado cumplida y debida atención a las modulaciones previstas para los menores.

Ésta es quizá, una de las mayores virtualidades que puede tener la Directiva en el sistema español, en el que buena parte del contenido de instrumentos precedentes han sido transpuestas a través de modificaciones de la LECrim, permaneciendo intacta la LORRPM, pese a las específicas menciones a modulaciones de derechos de los menores. Se dispone así de una oportunidad única –cuyos plazos ya incumplimos– para introducir de manera adecuada tanto los requerimientos específicos de derechos ya transpuestos a la LECrim, como de aquellos aspectos de la Directiva 2016/800 que, bien por introducir un contenido más amplio respecto a los derechos regulados en la LORRPM, bien por resultar novedosos, deban ser implementados a nuestro sistema, lo que además requiere, para su plena efectividad, de complementarias previsiones para la dotación de los necesarios medios materiales y personales.

Se da un paso más, aunque tímido y limitado, para alcanzar el objetivo de poner fin a lo que el Consejo de Europa ha calificado como “la continua discordancia entre el discurso retórico de los derechos humanos y la realidad de la intervención de la justicia de menores”, a cuyo objeto se hace imprescindible continuar prestando atención a la necesaria mejora de la implementación, en el contexto europeo, de estándares suficientes de protección³⁵.

³⁵ Resolución del Consejo de Europa, Resolución 2010 (2014), “Justicia adaptada a los niños: de la retórica a la realidad”.

MENORES DE EDAD JUZGADOS EN AUSENCIA EN EL PROCESO PENAL: ABORDAJE POR LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA¹

Mercedes Serrano Masip

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Lleida)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ENJUICIAMIENTO IN ABSENTIA DE MENORES ACUSADOS EN INSTRUMENTOS NORMATIVOS UE. III. ENJUICIAMIENTO IN ABSENTIA DE MENORES ACUSADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En materia de enjuiciamiento penal de los menores de edad *in absentia*, la UE ha dictado la Directiva (UE) 2016/800 relativa a los derechos procesales mínimos que los Estados miembros han de reconocer, así como garantizar su ejercicio, a los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, siendo uno de ellos el derecho a estar presente y participar en el juicio (art. 16). El hecho de que se trate de un instrumento normativo tendente a reforzar los derechos procesales de un grupo específico de individuos y que le precedan en el tiempo otros instrumentos de alcance subjetivo general, por ejemplo, la Directiva (UE) 2016/343 por la que se refuerza en el proceso penal el derecho a estar presente en el juicio, comporta la existencia en su texto articulado de remisiones normativas que deben ser analizadas a los efectos de determinar la naturaleza y contenido de los derechos objeto de regulación. Por lo que respecta a este estudio, el análisis se ha detenido en la jurisprudencia del TEDH y en su recepción por algunas normas UE de cooperación judicial fundada en el principio de reconocimiento mutuo.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal. Su influencia en el proceso español”, (PGC2018-094209-B-100), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Estos precedentes pueden ser una de las razones por las que la Directiva (UE) 2016/800 no prohíbe la celebración del juicio en ausencia del menor acusado, aun cuando sí impone a los Estados miembros que le concedan la facultad de incoar un nuevo proceso u otro tipo de vía judicial.

En España la cuestión referente a si el enjuiciamiento de menores *in absentia* menoscaba su derecho a participar en el propio juicio no está resuelta. A pesar de apoyarse en el mismo principio, esto es, en el interés superior del menor, los tribunales de justicia emiten pronunciamientos radicalmente opuestos. Con el fin de contribuir a alcanzar la necesaria seguridad jurídica en un tema tan relevante, el principal objetivo de este estudio consiste en plantear vías de solución a la controversia interna desde la perspectiva del derecho UE.

II. ENJUICIAMIENTO IN ABSENTIA DE MENORES ACUSADOS EN INSTRUMENTOS NORMATIVOS UE

La jurisprudencia del TEDH ha afirmado de manera uniforme que el derecho del acusado a estar presente y participar en el juicio constituye una faceta del derecho a un juicio equitativo consagrado en el art. 6.1 CEDH pese a no estar incluido en su tenor literal. Y es que sería contrario a la equidad que el juicio pudiera sustanciarse sin que se diera al acusado la oportunidad de ser oído personalmente, de exponer los argumentos que convengan a sus intereses, así como de rebatir las alegaciones formuladas por las acusaciones. Sin embargo, ello no ha impedido al TEDH afirmar que la celebración del juicio y la condena en ausencia del acusado no comportan en todo caso la vulneración de los postulados del citado precepto. Sobre el particular ha precisado que la denegación de justicia se produce cuando se impide al condenado, que ni ha renunciado a su derecho a comparecer ni ha tenido la intención de sustraerse a la acción de la justicia, el acceso a un nuevo juicio en el que un tribunal tras haberlo oído se pronuncie sobre los fundamentos tanto fácticos como jurídicos de la acusación. Pero los pronunciamientos del TEDH van aún más lejos, pues incluso ha relativizado los requisitos de la renuncia y ha suavizado el estricto cumplimiento por las autoridades competentes del deber de información tanto en lo referente a los cargos que se imputan al acusado cuanto a las consecuencias de su renuncia, ya que del incumplimiento de ese deber no se deriva, inexcusablemente, la ilegalidad del juicio *in absentia*. En estos contextos, caracterizados por no constar

de forma inequívoca la renuncia al derecho a comparecer o la intención de fuga, el TEDH ha requerido, en orden a declarar que la celebración del juicio sin la presencia del acusado no es incompatible con el art. 6 CEDH, que se prevea el derecho del condenado a acceder a un nuevo juicio o a nuevas vías de recurso que den lugar a una nueva decisión sobre el fondo².

En verdad se trata de una jurisprudencia que cabe calificar de flexible en cuanto a la delimitación del alcance del derecho a participar en el propio juicio, pero que responde a una innegable realidad: la mayoría de los Estados parte del Consejo de Europa contemplan en sus ordenamientos jurídicos la posibilidad, sujeta a diversos presupuestos, de celebrar juicios sin la presencia del acusado. Por otro lado, es una jurisprudencia que no solo se ha vertido sobre asuntos domésticos sino que se ha extendido al ámbito de la cooperación internacional. Esta circunstancia obedece, por ejemplo, a que en el Segundo Protocolo Adicional al Convenio sobre Extradición del Consejo de Europa, de 17 de marzo de 1978 (art. 3, Capítulo III), si bien se autoriza al Estado requerido a denegar la extradición de la persona juzgada en ausencia cuando entiende que en el procedimiento seguido en el Estado requirente no se han respetado los mínimos derechos de defensa que deben ser garantizados a cualquier acusado, debe proceder a la extradición en el supuesto de que este último Estado asegure que el condenado podrá ejercer el derecho a solicitar un nuevo juicio en el que van a ser salvaguardados sus derechos de defensa³.

Por lo que se refiere a la UE, el primer instrumento normativo en el que se recoge la jurisprudencia indicada del TEDH sobre el derecho del acusado a participar en el juicio, es la Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la orden de

² Cfr. entre otras muchas, SSTEDH, as. *Colozza c. Italia*, de 12 de febrero de 1985; as. *Jones c. Reino Unido*, de 9 de septiembre de 2003; as. *Sejdovic c. Italia*, de 1 de marzo de 2006; as. *Aliyjev c. Bulgaria*, de 3 de diciembre de 2009; as. *Faniel c. Bélgica*, de 1 de marzo de 2011; as. *Hokkelling c. Holanda*, de 3 de julio de 2017 y as. *K. c. Albania*, de 25 de septiembre de 2018.

³ La extensión de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a participar en el propio juicio al campo de la cooperación internacional se produce, p.e., en la decisión de inadmisibilidad dictada en el as. *Battisti c. Francia*, de 12 de diciembre de 2006. Vid. sobre este tema, RUGGIERI, S., "Personal participation in criminal proceedings, *in absentia* trials and *inaudito reo* procedures. Solution models and deficiencias in ECtHR case-law", en QUATTROCOLO, S. y RUGGIERI, S. (ed.), *Personal participation in criminal proceedings. A comparative study of participatory safeguards and in absentia trials in Europe*, Springer, Cham, 2019, pp. 586-591.

detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. La aplicación del principio de reconocimiento mutuo con vistas a hacer posible la ejecución de resoluciones dictadas en otro Estado miembro en juicios celebrados sin comparecencia del condenado, obligó a prever tal supuesto. Y se hizo, por un lado, asumiendo como hace el TEDH que puede darse el supuesto de que el condenado en ausencia no haya sido citado personalmente o informado de otra manera de la fecha y lugar de celebración del juicio y, por otro, supeditando la entrega de aquel a la condición de que se garantizara un nuevo proceso en el Estado miembro de emisión de la ODE con la presencia de aquel en la vista (art. 5.1). A causa de su excesiva vaguedad, esta disposición fue derogada y sustituida por la Decisión marco 2009/299/JAI que introdujo en la Decisión marco de 2002 el nuevo art. 4 bis que excluye la posibilidad de denegar la ejecución de la ODE cuando concurra alguna de las condiciones que enumera. Estas condiciones son un reflejo bastante exacto de las circunstancias que, según el TEDH, pese a haberse celebrado el juicio en ausencia no suponen una violación del art. 6 CEDH, bien porque la persona condenada en ausencia fue informada o tenía conocimiento de la celebración del juicio y de sus consecuencias, de modo que se entiende que ha renunciado voluntaria e inequívocamente a su derecho a comparecer; bien porque aun cuando no fue informada o no tuvo conocimiento previo de la celebración del juicio, al serle notificada la sentencia de condena se le informó sobre su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso en el que volverán a examinarse los argumentos presentados en el juicio en ausencia, así como los posibles nuevos elementos probatorios. La mayor precisión en la configuración de las condiciones en las que no puede denegarse la ejecución de una ODE no busca solo propiciar la aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones dictadas en ausencia del imputado y facilitar la cooperación judicial penal, sino como establece la Decisión marco 2009/299/JAI en su art. 1.1 y considerando 15 también pretende reforzar los derechos procesales de las personas acusadas, en particular el derecho a un juicio equitativo⁴.

Es en este entorno tan complejo, formado por la interacción del principio de reconocimiento mutuo con la aproximación de legislaciones, donde se elaboran las Directivas (UE) 2016/343 y (UE) 2016/800 lo que puede explicar en el enfoque

⁴ Cfr. al respecto SSTJUE de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, aps. 49-51; de 24 de mayo de 2016, as. C-108/16, ap. 42; de 10 de agosto de 2017, as. C-270/17, ap. 62; y de 22 de diciembre de 2017, as. C-571/17, ap. 73.

que dan a la celebración de juicios en ausencia del acusado. Las citadas Directivas se mantienen en la línea de la jurisprudencia del TEDH y de las Decisiones marco de 2002 y 2009, pues requieren a los Estados miembros que prevean las condiciones y garantías para que los acusados puedan ejercitar su derecho a estar presente en el propio juicio; derecho que no es absoluto pudiendo el acusado renunciar al mismo, de modo que cabe que el juicio se celebre en su ausencia⁵. Por lo que se refiere a las garantías que pueden compensar el menoscabo que experimenta el derecho de defensa, y que permiten sostener que a pesar de la ausencia del menor acusado el juicio ha sido equitativo, la Directiva de menores, 2016/800, solo alude en el texto articulado de forma muy laxa al derecho que se le debe reconocer a un nuevo juicio o a otro tipo de recurso judicial (art. 16.2) y en sede de considerandos precisa que, si bien el menor debe ser citado a juicio en persona, ha de enviarse una copia de la citación al titular de la potestad o, si fuera contrario al interés del menor, a otra persona adulta que se estime adecuada (c. 60). No contempla ninguna mayor concreción ni ningún otro estándar de protección del derecho a estar presente en el propio juicio. En lo atinente a los supuestos en los que los menores condenados sean sujetos pasivos de una ODE, el régimen jurídico que regirá su ejecución será el establecido en la Decisión marco de 2009 y para la concreta regulación de los estándares mínimos que protegen de forma suficiente a los menores acusados que son juzgados en ausencia deberá estarse a las disposiciones de la Directiva (UE) 2016/343.

Este último instrumento normativo cuando aborda en sus arts. 8 y 9 la regulación del derecho a estar presente en el juicio, si bien en primer lugar ordena a los Estados miembros que garanticen a los sospechosos y acusados la efectividad de aquel derecho, en segundo término transforma aquellas garantías en condiciones legitimadoras de la celebración del juicio *in absentia*⁶. Así, autoriza a aquellos Estados a prever la celebración del juicio en ausencia del acusado y la

⁵ Cfr. en relación con la Directiva (UE) 2016/343, VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a. L., “La Directiva europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio”, *InDret*, 3/2017, pp. 28 y 29 y BACHMAIER WINTER, L., “New developments in EU law in the field of *in absentia* national proceedings. The Directive 2016/343 in the light of the ECtHR case law”, en *Personal participation in criminal proceedings. A comparative study of participatory safeguards and in absentia trials in Europe*, cit., pp. 656-658.

⁶ Cfr. SCHNEIDER, A., “*In absentia* trials and transborder criminal procedures. The perspective of EU law”, en *Personal participation in criminal proceedings. A comparative study of participatory safeguards and in absentia trials in Europe*, cit., pp. 608-610.

ejecución de la sentencia de condena que, en su caso sea dictada, siempre que este haya sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de su incomparecencia, o tras haber sido informado del juicio, esté formalmente defendido por un letrado de libre elección o de oficio. Pero todavía debe señalarse que la autorización va más allá, pues de conformidad con la jurisprudencia expuesta del TEDH, la celebración del juicio en ausencia, cuando el acusado no haya sido informado ni de su conducta pueda inferirse una renuncia voluntaria e inequívoca a estar presente en el juicio, no es incompatible con el derecho a un juicio justo consagrado en el art. 47 CDFUE con tal que con posterioridad se le informe acerca de la resolución dictada y de su derecho a impugnarla o a un nuevo juicio en el que ha de tener lugar una nueva apreciación del fondo del asunto, incluido el examen de nuevas pruebas, que puede concluir con la revocación de la resolución original.

III. ENJUICIAMIENTO IN ABSENTIA DE MENORES ACUSADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En España no se ha promulgado un código penal de menores, de modo que los delitos que estos cometen se hallan tipificados en las mismas normas que se aplican a los adultos. Ahora bien, los trámites a través de los cuales se declara la responsabilidad penal de los menores, así como las consecuencias jurídicas atribuidas a la misma, sí están regulados en una ley especial, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores. La particular configuración de dichos trámites obedece a la especial naturaleza de la responsabilidad que recae sobre los menores delincuentes la cual por exigencias del principio del interés superior del menor tiene una doble vertiente: sancionadora y educativa. En todo caso, la especial consideración de índole procesal a los menores infractores, de 14 a 18 años, ha de ser respetuosa con los derechos y garantías constitucionales que con carácter general reconoce la Constitución española a cualquier persona acusada en un proceso penal, en particular, del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho de defensa (art. 24.2 CE)⁷. Por esta razón, como paso previo a efectuar unas concretas referencias al enjuiciamiento

⁷ Así, se reconoce también por los penalistas; cfr. por ejemplo, PÉREZ MACHÍO, A. I., El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006–, en aspectos de Derecho Comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pp. 76-78.

de menores acusados que no han comparecido el día de celebración del juicio, es conveniente hacer una breve mención de la normativa que introdujo en el sistema procesal penal español la posibilidad de enjuiciar en ausencia a los acusados.

Dicha incorporación tuvo lugar por la Ley Orgánica 7/1998, de 28 de diciembre, potenció la defensa privada al permitir que, cumpliéndose determinados presupuestos y requisitos, el acusado pudiera renunciar al ejercicio de su derecho a defenderse por sí mismo lo que supuso que, legalmente, podía ser condenado en ausencia⁸. Así, se dispuso que la ausencia injustificada del acusado, que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona que hubiere designado en la primera comparecencia a los efectos de recibir en su nombre las citaciones, no sería causa de suspensión del juicio oral si el juez o tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora y oída la defensa, estimaba que existían elementos suficientes para el enjuiciamiento, y siempre que la pena solicitada no excediera de un año de privación de libertad, o si fuera de distinta naturaleza, de seis años (art. 793 LECrim hoy derogado). Como se daba cuenta en la Exposición de motivos de la citada Ley, la finalidad que se pretendía alcanzar con la posibilidad de celebrar juicios en ausencia del acusado por delitos no graves era evitar las dilaciones inútiles que acarreaban las suspensiones de los juicios cuando no se presentaba el acusado, que no solo generaban efectos negativos para la recta Administración de Justicia, sino que además perjudicaban a las víctimas. Dicha finalidad se conjugaba con el debido respeto a garantías procesales básicas que se reconocían al acusado, pues, su

⁸ La LECrim en su redacción originaria de 1882 no permitía juzgar a reos ausentes. Fueron la Ley 3/1967, de 8 de abril y la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, las que introdujeron nuestro sistema procesal penal la norma que autorizaba, para el enjuiciamiento de delitos no graves, la celebración del juicio oral cuando la ausencia del acusado era injustificada, siempre que hubiera sido citado personalmente y el juez estimara que existían elementos suficientes para juzgarle. Vid. al respecto, en particular, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado del proceso penal. Especial referencia al proceso penal abreviado (L.O. 7/1988, de 28 de diciembre)*, Colex, Madrid, 1992, pp. 87-94; GIMENO SENDRA, V., "La defensa" en *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1998* con MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Tirant lo blanch, Valencia, 1989, pp. 113-117; GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., "La celebración del juicio oral en ausencia del acusado: sus ventajas e inconvenientes", *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 207-209 y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas, I*, con GARBERÍ LLOBREGAT, J., Bosch, Barcelona, 2003, pp. 631-644.

abogado debía estar presente en el juicio y podía recurrir en anulación la sentencia que le había condenado en ausencia⁹. Para finalizar estos apuntes sobre el enjuiciamiento en ausencia en el proceso penal español, debe señalarse que el legislador con posterioridad a 1998 amplió el ámbito material en el que ese tipo de enjuiciamiento podía tener lugar, pues, lo admitió cuando la pena solicitada fuera hasta dos años de privación de libertad (art. 786.1 LECrim establecido por la Ley 38/2002, de 24 de octubre).

En la actualidad, sobre la celebración del juicio sin que esté presente en el mismo el menor acusado existe una gran inseguridad jurídica para las personas afectadas y los justiciables en general ya que, como se ha avanzado, los tribunales de justicia están dictando resoluciones radicalmente opuestas¹⁰. Según una línea de interpretación y aplicación del derecho, al no regular la Ley Orgánica 5/2000 de forma expresa el supuesto de la celebración de la audiencia en ausencia del menor acusado, esta laguna debe colmarse con lo previsto por la LECrim para el procedimiento abreviado (art. 786.1) que admite la celebración de la fase de juicio sin que esté presente el acusado. Además, agregan que la celebración del juicio en ausencia se acomoda mejor al interés superior del menor ya que,

⁹ La Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1988 finalizaba su argumentación justificativa de la previsión de la celebración del juicio oral en ausencia del acusado subrayando que seguía, especialmente, las orientaciones de la Resolución (75) 11, sobre los criterios a seguir en el enjuiciamiento en ausencia del acusado, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de mayo de 1975. Siendo importante recordar tales criterios, resulta todavía más trascendente reparar en que el objetivo de los mismos era uniformar las legislaciones de los Estados Partes del Consejo de Europa con vistas a reducir las denegaciones, por algunos Estados Partes, de la ejecución de sentencias condenatorias dictadas en ausencia en otro Estado Parte. Aun cuando en la mencionada Exposición de motivos nada se esgrimía sobre el particular, la doctrina ha justificado con apoyo en la jurisprudencia de su intérprete supremo que los juicios en ausencia no son contrarios a la Constitución. En su sentencia 91/2000, el Pleno del TC se pronuncia en contra de una proscripción constitucional de la condena *in absentia* que puede emitirse en determinadas condiciones y atendiendo a intereses públicos dignos de protección. Vid. sobre esta cuestión, GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., “La celebración del juicio oral en ausencia del acusado: sus ventajas e inconvenientes”, cit., pp. 213-218.

¹⁰ Cfr. acerca de este extremo, GONZÁLEZ PILLADO, E., “Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de responsabilidad penal del menor”, *Revista General de Derecho Europeo*, 48, 2019, pp. 92-94 y SERRANO MASIP, M., “Garantías procesales penales específicas reconocidas a menores sospechosos o acusados”, en JIMENO BULNES, M. (dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona, 2016, pp. 258 y 259.

por ejemplo, resulta innecesario adoptar medidas cautelares privativas de libertad, evita dilaciones indebidas en la tramitación y elude retrasos en el inicio del tratamiento educativo y socializador del menor infractor¹¹. Los tribunales que mantienen la posición contraria niegan la existencia de una laguna legal en la Ley Orgánica 5/2000 pues afirman que en su art. 35.1 se impone la presencia del menor durante la celebración de la audiencia, por lo que sostener que cabe que esa fase se desarrolle y finalice sin que aquel esté presente vulnera el tenor literal del precepto. Ahora bien, su argumento determinante consiste en sostener que la asistencia del menor al juicio en el que se ventila su responsabilidad penal es una garantía del derecho de defensa y, sobre todo, viene exigida por el interés superior del menor: solo si este interviene en el proceso, aceptando sus reglas y sometiéndose a ellas, puede alcanzarse la finalidad educativa que lo caracteriza¹².

Según los datos que constan en EUR-Lex, España ha comunicado a la Comisión que ya ha transpuesto la Directiva (UE) 2016/800¹³. Pero de la relación de 10 normas que, entre esos datos, figura a modo de justificación de haber efectuado la transposición aludida, ninguna de ellas ha sido reformada en el período que va desde la entrada en vigor de la citada Directiva hasta la actualidad.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH un juicio justo requiere, como regla, que se celebre estando presente la persona acusada. No obstante, esa misma jurisprudencia ha señalado que el derecho a estar presente en el propio juicio no es absoluto sino que concurriendo determinadas condiciones el hecho de juzgar en ausencia no debe entenderse que vulnera el derecho a un proceso equitativo consagrado en el art. 6.1 CEDH.

¹¹ Cfr. SAP de Alicante, Sec. 3ª, núm. 278/2013, de 13 de mayo.

¹² Cfr. SSAP de Madrid, Sec. 4ª, núm. 229/2004, de 21 de diciembre; AP de Vizcaya, Sec. 1ª, núm. 47/2005, de 8 de septiembre; AP de Barcelona, Sec. 3ª, núm. 40/2010, de 4 de enero y AP de Guipúzcoa, Sec. 1ª, núm. 254/2014, de 17 de octubre.

¹³ Asimismo, en el documento *Fundamental Rights Report 2019*, elaborado por la Agencia de los derechos fundamentales de la UE (FRA), p. 188, consta que España ha notificado a la Comisión la completa transposición de la Directiva (UE) 2016/800.

Como se ha podido comprobar, la jurisprudencia del TEDH ha servido de base a la regulación de las condiciones en las que las personas acusadas pueden ser juzgadas en ausencia contenidas tanto en la Decisión marco de 2009 como en la Directiva (UE) 2016/343. En cambio, ninguna regulación específica ha adoptado la Directiva de menores, que efectúa una remisión en lo atinente al derecho de los menores a estar presentes en el propio juicio a la Directiva (UE) 2016/343. En consecuencia, son los estándares fijados en esta última Directiva las normas mínimas que deben ser respetadas por todos los Estados miembros cuando procedan a incorporar a sus respectivos ordenamientos las dos últimas Directivas citadas en lo relativo a los juicios *in absentia*.

Ante la inseguridad jurídica provocada por la dispar interpretación y aplicación a cargo de los tribunales españoles de la normativa interna en lo que respecta al enjuiciamiento de menores acusados en ausencia, estimamos que es imprescindible que se proceda a regular de forma clara y precisa su admisibilidad o inadmisibilidad. Un aspecto que se revela complejo va a ser la repercusión que ha de tener la cláusula de no regresión establecida en la Directiva de menores. A nuestro entender tal cláusula opera respecto de las condiciones, de conformidad con las cuales pueden los menores ser juzgados en ausencia, en las regulaciones nacionales que ya preveían tal posibilidad antes de la entrada en vigor de la Directiva de menores. En cambio, la cláusula de no regresión no puede ser considerada un impedimento para la regulación del enjuiciamiento en ausencia de menores acusados en aquellos Estados miembros que, como España, no disponen de una norma de derecho positivo clara y precisa relativa a la cuestión del enjuiciamiento en ausencia de los menores acusados. En cualquier caso, cuando se legisle el mencionado enjuiciamiento, debería partirse de las condiciones previstas en el art. 786.1 LECrim a las que podrían añadirse otras garantías cuya especificidad venga reclamada por las características personales y sociales de los menores de edad.

TÉCNICAS POLICIALES UTILIZADAS EN LA CIBERVIGILANCIA

Manuel J. Távora Serra
Doctorando en Derecho (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MONITOREO DE REDES SOCIALES. III. SOLUCIONES DEL CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL. IV. SIMULADORES DE ANTENAS DE TELEFONÍA. V. PHOTODNA CLOUD SERVICE Y GNUWATCH. VI. REGISTROS Y BASES DE DATOS DE DELINCUENTES Y REDES CRIMINALES. VII. LECTORES AUTOMÁTICOS DE MATRÍCULAS. VIII. DOMAIN AWARENESS SYSTEM. IX. UTILIZACIÓN DE DRONES. X. FURGONETAS CON RAYOS X. XI. SISTEMAS DE DETECCIÓN DE DISPAROS (SHOTSPOTTER). XII. TORRES VIGÍA (SKYWATCH Y TERRAHAWK). XIII. EQUIPOS Y REDES TRAMPAS O "HONEYPOTS". XIV. POLICÍA PREDICTIVA.

I. INTRODUCCIÓN

La policía utiliza multitud de herramientas de cibervigilancia en el desarrollo de sus funciones de prevención y averiguación del delito. Sin ir más lejos, en una reciente entrevista, se afirmaba que utilizan "herramientas en la red *opensource* que sirven para hacer búsquedas, identificaciones, monitorizaciones de perfiles, de personas, de eventos, y por otra parte utilizamos unas herramientas de búsqueda más especializadas..."¹.

Como se podrá comprobar, gran parte de estas medidas, aunque concebidas inicialmente para su uso autónomo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en sus funciones de vigilancia pública, incluyen funcionalidades que, de utilizarse en toda su capacidad técnica, afectarían gravemente a los derechos fundamentales de los individuos.

¹ ¿CÓMO VIGILA LA POLICÍA LOS DELITOS EN INTERNET? SILVIA BARRERA, DE LA UIT DE @POLICIA, RESPONDE, fecha de consulta 2 mayo 2020, en <https://www.youtube.com/watch?v=ijjBiSu57SE>

Esa circunstancia ha provocado que surjan iniciativas particulares que persiguen concienciar a la ciudadanía de los intentos por parte de los poderes públicos de establecer redes de vigilancia (la Electronic Frontier Foundation, por ejemplo, ha puesto en marcha un entorno de entrenamiento utilizando tecnología de realidad virtual², dentro del programa “Street-Level Surveillance”³). Este trabajo pretende servir como humilde añadido a dichas iniciativas.

II. MONITOREO DE REDES SOCIALES

Facebook, Twitter, Instagram y otras redes sociales constituyen auténticas fuentes de datos muy valiosos en la actividad de *ciberpatrullaje*, hasta el punto de existir departamentos específicos dentro de los cuerpos policiales⁴. Como puede imaginarse, uno de los elementos que resultan más valiosos es que las redes sociales están construidas para que la información sea pública por diseño, por lo que respecto de los datos que un usuario publique pueden entenderse que este ha consentido su acceso por terceros, incluyendo el poder público⁵. Es conocida, igualmente, la práctica policial en añadir como amigos o contactos en las diferentes redes sociales a usuarios que, por uno u otro motivo, se consideren de interés⁶.

El monitoreo de redes sociales se puede dividir en tres categorías: i) monitorear o rastrear a un individuo, un grupo o una afiliación (por ejemplo, un hashtag en línea) a través de información disponible públicamente; ii) usar un informante,

² “SPOT THE SURVEILLANCE: A VR EXPERIENCE FOR KEEPING AN EYE ON BIG BROTHER”, *Electronic Frontier Foundation*, 2018, fecha de consulta 11 mayo 2020, en <https://www.eff.org/pages/descubra-la-vigilancia-una-experiencia-de-realidad-virtual-para-no-perder-de-vista-al-gran>

³ “STREET-LEVEL SURVEILLANCE”, *Electronic Frontier Foundation*, fecha de consulta 11 mayo 2020, en <https://www.eff.org/issues/street-level-surveillance>

⁴ ¿CÓMO VIGILA LA POLICÍA LOS DELITOS EN INTERNET? SILVIA BARRERA, DE LA UIT DE @POLICIA, RESPONDE.

⁵ “GOVERNMENT MONITORING OF SOCIAL MEDIA: LEGAL AND POLICY CHALLENGES”, *Brennan Center for Justice*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/government-monitoring-social-media-legal-and-policy-challenges>

⁶ “THE WILDLY UNREGULATED PRACTICE OF UNDERCOVER COPS FRIENDING PEOPLE ON FACEBOOK”, *The Root*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.theroot.com/the-wildly-unregulated-practice-of-undercover-cops-frie-1828731563>

un amigo del objetivo o una cuenta encubierta para obtener información de una cuenta protegida o privada; y iii) uso de software para monitorear individuos, grupos, asociaciones o ubicaciones. Aparte de estas actuaciones, debe recordarse que las redes sociales, en tanto prestadores de servicios de la sociedad de la información, están sometidos al deber de colaboración con la Policía Judicial⁷.

El monitoreo de redes sociales plantea problemática en materia de i) falsos positivos, pues el contenido puede resultar difícil de interpretar correctamente; ii) privacidad, porque es posible que los usuarios, aun utilizando una red social, no consientan el acceso público a sus datos; iii) discriminación por motivos raciales, género, o de ideología, al ser unos perfiles objeto de más investigaciones que otros; y iv) libertad de expresión, pues puede provocar que los individuos se autocensuren en sus contenidos y protestas.

III. SOLUCIONES DEL CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL

Con el objetivo de facilitar las labores de supervisión del entorno para la detección de amenazas, el CCN-CERT, Centro Criptológico Nacional, ha desarrollado ELISA, estudio simplificado de fuentes abiertas, una nueva herramienta de cibervigilancia dirigida a establecer “los marcadores preventivos, los indicadores de presencia y las características constituyentes que permitan identificar, de una manera temprana, consensuada y basada en la evidencia, las nuevas amenazas que se ciernen sobre el *ciberespacio*”.

ELISA pretende facilitar la monitorización de fuentes abiertas, así como el perfilado de medios y entidades de redes sociales. Para ello, cuenta con una base de datos normalizada para el intercambio de información y explotación de los datos a través de indicadores de desconfianza. De esta forma, la herramienta contribuye a la mejora de las capacidades de cibervigilancia, permitiendo realizar un seguimiento e interpretación de lo que sucede en el *ciberespacio*, y así efectuar una prospectiva digital⁸.

⁷ “NEW YORK CITY POLICE DEPARTMENT SURVEILLANCE TECHNOLOGY”, *Brennan Center for Justice*, fecha de consulta 2 mayo 2020, en <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/new-york-city-police-department-surveillance-technology>

⁸ “ELISA”, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.ccn-cert.cni.es/soluciones-seguridad/elisa.html>

ELISA es una de las múltiples soluciones adoptadas por el CN-CERT en materia de ciberseguridad: AMPARO, ANA, ATENEA, CARMEN, CCN-DROID, CLARA, CLAUDIA, MICROCLAUDIA, ELISA, EMMA, GLORIA, INÉS, LORETO, LUCÍA, MARÍA, MARTA, MÓNICA, REYES, PILAR, ROCÍO Y VANESA. Todas ellas comportan funcionalidades diferentes para ayudar en la vigilancia del espacio público cibernético y el mantenimiento de la ciberseguridad en España.

No ha sido posible conocer cuáles son esos indicadores de desconfianza, marcadores preventivos e indicadores de presencia, lo que revela la falta de control en estos aspectos respecto de la actividad de *ciberpatrullaje*.

IV. SIMULADORES DE ANTENAS DE TELEFONÍA

Los simuladores de antenas de telefonía, también conocidos como *stingrays* o *IMSI-catchers*, son dispositivos que engañan a los teléfonos dentro de un radio determinado para que se conecten a ellos al reconocerlos, equivocadamente, como uno de los repetidores de telefonía de su operador⁹.

El riesgo de estos sistemas no se encuentra únicamente en que puedan obtener obtener el IMSI e IMEI de los dispositivos móviles a los que se conectan –lo que pueden realizar de manera masiva–, sino en que, además de lo anterior, incluyen la funcionalidad de acceder a la memoria del dispositivo conectado e interceptar sus procesos comunicativos¹⁰.

Se trata por tanto de una herramienta cuya utilización se encuentra libre de autorización judicial para la Policía Judicial en los supuestos de obtención de IMSI o e IMEI, pero que permite también afectar al secreto de las comunicaciones o registrar el dispositivo, resultando imposible controlar cuál es el acceso efectivo realizado por la policía en cada momento y, además, resultando imposible de controlar la proporcionalidad en la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado.

⁹ “3G-GSM TACTICAL INTERCEPTION & TARGET LOCATION”, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://info.publicintelligence.net/Gamma-GSM.pdf>

¹⁰ J. DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª edición actualizada, La Ley, Madrid, 2018, p. 452.

V. PHOTODNA CLOUD SERVICE Y GNUWATCH

PhotoDNA Cloud Service¹¹ es un software desarrollado por Microsoft que tienen las principales policías del mundo y las grandes compañías de aplicaciones sociales, incluyendo Facebook y Twitter, que lo adoptaron este sistema en 2013¹². También lo utilizan Google, Adobe y Reddit, además de la propia Microsoft en sus servicios en la nube.

Este programa actúa a dos niveles. Por un lado, almacena la huella digital de las imágenes o vídeos que reciben, calculando su identificador hash, lo que permite que el sistema reconozca el material si vuelve a interceptarlo. Por otro lado, y en el segundo nivel, el sistema reconoce formas y situaciones compatibles con pornografía infantil y abusos sexuales. Por supuesto, la detección puede dar lugar a falsos positivos y, en todo caso, comporta la revisión de todos los contenidos.

Así, el PhotoDNA realiza “un chequeo automático” de internet, escaneado de webs, correos electrónicos y redes sociales. Cuando detecta un contenido que podría ser de pornografía infantil, lo remite al National Center for Missing and Exploited Children (Centro Nacional de Niños Desaparecidos y Explotados) de Estados Unidos, entidad a la que Microsoft donó esta tecnología, que identifica la IP del usuario y el país desde el que se está compartiendo, notificándolo a las autoridades correspondientes para que comiencen la investigación oportuna.

Desde su creación, el programa ha recibido mejoras paulatinas para poder examinar y reconocer grabaciones de vídeos y sonidos, y no sólo fotografías, y ha pasado a formar parte del conjunto de servicios Azure prestado por Microsoft. En la actualidad, se plantean intentos para que el programa sirva para reconocer otro tipo de contenidos y no sólo pornografía infantil, como contenido extremista y de reclutamiento para grupos terroristas, y en la Unión Europea se

¹¹ “PHOTODNA CLOUD SERVICE | MICROSOFT”, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.microsoft.com/en-us/photodna/cloudservice>

¹² “PHOTODNA, EL SISTEMA QUE CHIVA A LAS POLICÍAS Y REDES SOCIALES DE TODO EL MUNDO QUIÉN COMPARTE PORNOGRAFÍA INFANTIL”, *La Vanguardia*, 2017, fecha de consulta 2 mayo 2020, en <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20170307/42577580221/photodna-sistema-pornografia-infantil.html>

plantea su conveniencia en un marco jurídico que sitúe como responsables a las plataformas que actúan como intermediarias en internet¹³.

Similar utilidad contiene el programa GnuWatch, utilizado ampliamente por la policía en España, aunque parece que este último requiere ser alimentado previamente de forma "manual", introduciendo los archivos que deba rastrear en las redes P2P¹⁴.

Destacan dos cuestiones problemáticas que plantean estos sistemas: por un lado, la existencia de falsos positivos en los reconocimientos del programa; por otro lado, la innegable realidad de que, para que el programa funcione, necesariamente debe tener acceso al contenido de los archivos de los usuarios, y no sólo respecto de aquellos subidos a redes sociales, sino también los que se encuentren en carpetas privadas en servicios de alojamiento en la nube, etc. Este acceso, además, debe ser absoluto y para todos los archivos, pues la única forma de comprobar el contenido del mismo es, precisamente, accediendo.

VI. REGISTROS Y BASES DE DATOS DE DELINCUENTES Y REDES CRIMINALES

Las bases de datos de bandas criminales contienen información sobre las personas que la policía considera como pandilleros confirmados o sospechosos. Los criterios para su inclusión en la base de datos no siempre se conocen, pero pueden incluir actividades mal definidas, como asociaciones con presuntos miembros de pandillas, varios estilos de vestimenta, numerosos colores de ropa y ciertos tatuajes, además de localización geográfica¹⁵.

¹³ "THE EU'S HORIZONTAL REGULATORY FRAMEWORK FOR ILLEGAL CONTENT REMOVAL IN THE DSM | HEARINGS | EVENTS | IMCO | 8ª LEGISLATURA (2014 - 2019) | COMMITTEES | EUROPEAN PARLIAMENT", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/product-details/20180613CHE04321>

¹⁴ A. E. | L. R. | M. Ú. ACTUALIZACIÓN: 13-03-2011 | 11:51 H / CREADA: 13-03-2011, "Nueva arma policial: un «GPS» para buscar pedófilos", *La Razón*, 2011, fecha de consulta 2 mayo 2020, en https://www.larazon.es/historico/6205-nueva-arma-policial-un-gps-para-buscar-pedofilos-ILLA_RAZON_363956/

¹⁵ A. WINSTON, "Vague Rules Let ICE Deport Undocumented Immigrants as Gang Members", *The Intercept*.

Como con el resto de las medidas analizadas, se plantean cuestiones en relación con la posibilidad discriminación por razón de la raza y la existencia de casos que sean falsos positivos. Esta cuestión ha generado que varios grupos sociales hayan solicitado conocer los criterios aplicados para ser incluidos en dichas bases de datos¹⁶, cuya gestión es criticada en todo caso¹⁷.

VII. LECTORES AUTOMÁTICOS DE MATRÍCULAS

Los lectores automatizados de matrículas son dispositivos que están conectados a coches de policía o fijados en postes para capturar las matrículas de todos los coches que pasan. Las lecturas de matrículas también se ejecutan con frecuencia contra una "lista activa" de, por ejemplo, coches robados. Estos sistemas, además, permiten capturar fotografías de los vehículos, sus conductores y pasajeros, y esa información es acumulada en bases de datos para estudiar movimientos, asociaciones y relaciones con otros delitos.

Como sucede con el resto de las herramientas a las que hacemos referencia en este trabajo, las principales críticas a este sistema derivan del peligro de posibles accesos no autorizados y de la aparición de falsos positivos¹⁸.

VIII. DOMAIN AWARENESS SYSTEM

El Domain Awareness System (DAS) es una red de cámaras, software, sensores, bases de datos, dispositivos e infraestructura relacionada que proporciona información y análisis a la policía para cumplir su función de "seguridad pública" y para "detectar, disuadir y prevenir posibles actividades aterrorizadas".

¹⁶ N. RUMMELL, "Groups Demand to See Criteria for NYPD Gang Database".

¹⁷ "SPOTLIGHT: THE DANGERS OF GANG DATABASES AND GANG POLICING", *The Appeal*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://theappeal.org/spotlight-the-dangers-of-gang-databases-and-gang-policing/>

¹⁸ C. LECHER, "Privacy advocate held at gunpoint after license plate reader database mistake, lawsuit alleges", *The Verge*, 2019, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.theverge.com/2019/2/21/18234785/privacy-advocate-lawsuit-california-license-plate-reader>

El sistema, establecido en Nueva York, está conectado a 18.000 cámaras de video CCTV alrededor de la ciudad. También tiene acceso a datos de al menos 2 mil millones de lecturas de matrículas, 100 millones de citaciones, 54 millones de 911 llamadas, 15 millones de quejas, 12 millones de informes de detectives, 11 millones de arrestos y 2 millones de órdenes. Los datos de las cámaras de CCTV se conservan durante 30 días, las lecturas de LPR durante al menos 5 años. Los registros de texto están preparados para soportar búsqueda OCR¹⁹.

La tecnología plantea grandes conflictos en materia de falsos positivos al realizar detecciones automáticas erróneas, así como en materia de privacidad de los ciudadanos, al cubrir gran parte del espacio público. Igualmente, se plantean cuestiones relativas a la posibilidad de ceder los datos a otros organismos públicos.

IX. UTILIZACIÓN DE DRONES

Los drones son aparatos voladores operados de forma remota, con un tamaño que varían en tamaño, que pueden equiparse con varias cámaras, sensores y otros dispositivos. Por ejemplo, pueden desplegar cámaras capaces de reconocimiento facial, y también pueden contener rastreadores GPS, e incluso dispositivos Stingray.

X. FURGONETAS CON RAYOS X

Estas furgonetas utilizan rayos X que rebotan en objetos, lo que permite a la policía ver en los vehículos y detrás de las paredes mientras la furgoneta pasa, incluyendo domicilios y otros lugares privados.

En consecuencia, plantea también graves conflictos en cuanto a la privacidad de los ciudadanos, pues tiene la potencialidad de examinar cualquier detalle de la vida íntima de los mismos, dentro de sus domicilios, vehículos, cuerpos, etc. Asimismo, también surgen conflictos en materia de salud, pues al fin y al cabo se expone a los ciudadanos a radiación ionizante sin su consentimiento²⁰.

¹⁹ New York City Police Department Surveillance Technology. Dans : *Brennan Center for Justice* [en ligne]. [S. d.].

²⁰ C. FRIEDERSDORF, "The NYPD Is Using Mobile X-Ray Vans to Spy on Unknown Targets", *The Atlantic*, 2015, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/10/the-nypd-is-using-mobile-x-rays-to-spy-on-unknown-targets/411181/>

XI. SISTEMAS DE DETECCIÓN DE DISPAROS (SHOTSPOTTER)

El sistema ShotSpotter, de desarrollo privado, utiliza sensores para captar sonidos que parecen ser disparos. Los fragmentos de audio se envían automáticamente a los empleados del proveedor que intentan verificar si el sonido representa un disparo realmente. A continuación, el empleado del proveedor transmite información sobre el posible disparo a los agentes de policía.

La tecnología plantea graves cuestiones en materia de falsos positivos, pues el sistema puede confundir sonidos, y también en materia de un uso ilícito de la herramienta, pues los dispositivos preparados para detectar disparos podrían detectar y grabar también conversaciones²¹.

XII. TORRES VIGÍA (SKYWATCH²² Y TERRAHAWK²³)

Las torres de vigilancia permiten a la policía monitorear áreas de varias plantas sobre el nivel de la calle, así como registrar movimientos dentro de un área específica.

Cada torre SkyWatch contiene luces de vigilancia, un panel de control, dispositivos para detectar velocidades de vehículos, ventanas tintadas, grabadoras de vídeo digitales y cámaras de vigilancia personalizadas²⁴.

El equipo estándar colocado en las torres TerraHawk es desconocido, pero su tecnología patentada contempla el uso de cámaras de vigilancia junto con detectores infrarrojos, detectores de movimiento y un dispositivo de imágenes térmicas²⁵.

²¹ "PRIVACY AUDIT & ASSESSMENT OF SHOTSPOTTER, INC.'S GUNSHOTDETECTION TECHNOLOGY", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://static1.squarespace.com/static/58a33e881b631bc60d4f8b31/t/5d40c3693d74b7000160dfbc/1564525424759/Privacy+Audit+and+Assessment+of+Shotspotter+Flex.pdf>

²² "NYPD DETECTIVE GUIDE SKYWATCH (05-26-16).PDF", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.docdroid.net/Olij4Z6/nypd-detective-guide-05-26-16-pdf>

²³ "NYPD DETECTIVE GUIDE TERRAHAWK (05-26-16).PDF", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.docdroid.net/Olij4Z6/nypd-detective-guide-05-26-16-pdf>

²⁴ FLIR Skywatch options [en línea]. [S. d.] [consulté le 5 mai 2020]. Disponible à : <URL: <https://www.flir.com/globalassets/imported-assets/document/skywatch-options.pdf>>.

²⁵ US Patent for Vehicle for deploying a mobile surveillance module Patent (Patent # 9,669,690 issued June 6, 2017) - Justia Patents Search [en línea]. [S. d.] [consulté le 5 mai 2020]. Disponible à : <URL: <https://patents.justia.com/patent/9669690>>.

XIII. EQUIPOS Y REDES TRAMPAS O “HONEYPOTS”

Un *honeypot*²⁶ es un equipo o red trampa utilizado como herramienta de la seguridad informática dispuesto en una red o sistema informático a modo de señuelo para ser el objetivo de un posible ataque informático, y así poder detectarlo y obtener información de este y del atacante²⁷.

La característica principal de este tipo de programas es que están diseñados para servir de señuelo invisible al atacante y permitir posteriormente el análisis de dicho ataque. Además, también se utilizan para alertar de la existencia del ataque u obtener información sin interferir en el mismo, e incluso ralentizar el ataque mediante los denominados *sticky honeypots*²⁸. Además, no es necesario que tengan ningún tipo de soporte material, pudiendo ser enteramente digitales, denominándose entonces *honeytokens*. Por ejemplo, pueden crearse registros falsos en una base de datos para detectar posibles accesos no autorizados²⁹.

Estos equipos trampas no presentaban diferencias de configuración respecto de los sistemas verdaderos, instalados en producción en muchas redes, pero al no tener usuarios legítimos no comportan riesgo alguno al ser atacados³⁰. Desde el año 2000 existe el llamado “*Honeynet Project*”, que es una organización internacional sin ánimo de lucro dedicada a investigar la actualidad de los ciberataques y desarrollar herramientas de código abierto que mejoren la seguridad de internet³¹.

Como ventajas de los sistemas *honeypot* se refiere i) que recogen pocos datos de la red, al activarse exclusivamente cuando alguien o algo entra en contacto

²⁶ E. GALLEGU, “Honeynets: Aprendiendo del Atacante”.

²⁷ “TRACKING DOWN HI-TECH CRIME”, 2006, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/5414502.stm>

²⁸ “TRAPPING HACKERS IN THE HONEYPOT”, 2006, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6035455.stm>

²⁹ “LINUX.COM :: «KNOW YOUR ENEMY»: EVERYTHING YOU NEED TO KNOW ABOUT HONEYPOTS”, 2008, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://web.archive.org/web/20080202010804/http://www.linux.com/articles/39244>

³⁰ MONSERRAT COLL, FRANCISCO JESÚS, “PED: Red de equipos trampa de REDIRIS”, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <http://www.rediris.es/cert/doc/pdf/ped-recsi.pdf>

³¹ “THE HONEYNET PROJECT – HONEYPOT RESEARCH”.

con ellos; ii) que reducen los supuestos de falsos positivos, pues es difícil que por error se entre en contacto con dichos sistemas; iii) que la actividad queda registrada aun cuando el ataque se encuentre encriptado; iv) que funcionan con el protocolo IPv6; y v) que pueden adaptarse a las diferentes necesidades de las organizaciones, constituyendo así una herramienta dinámica y flexible.

Paralelamente, se identifican como desventajas el limitado campo de visión que aportan desde el punto de vista de la seguridad informática y el riesgo de que, a su vez, el propio sistema honeypot sea asimilado por el atacante, sirviéndole a sus propias finalidades.

Desde el punto de vista jurídico, son destacables las dudas que puedan surgir en cuanto a la verificación de tipos penales cuando un individuo entra en contacto con un honeypot. Desde el punto de vista de la incitación al delito, entendemos que eso no sucederá mientras el sistema permanezca en una posición pasiva hasta ser objeto de alguna interacción.

En cuanto los tipos de honeypots, en función del nivel de intensidad de la actividad que permita por parte del atacante, se distinguen entre honeypots de alta, media y baja interacción.

XIV. POLICÍA PREDICTIVA

La información obtenida con las anteriores técnicas sirve también para alimentar un sistema de policía predictiva, que generalmente se orienta sobre dos variables: personas y lugares.

Los sistemas de policía predictiva orientados sobre lugares utilizan algoritmos para analizar conjuntos de datos para intentar predecir los tipos de delitos que podrán cometerse en según qué lugares. Estas estimaciones posteriormente son utilizadas para decidir la distribución de agentes y operativos en las diferentes zonas.

Por su parte, los sistemas de policía predictiva orientados sobre personas utilizan algoritmos para analizar conjuntos de datos que permitan construir listas de individuos que se encuentren propensos para cometer algún delito.

Con estos instrumentos surgen alarmas respecto del riesgo de discriminación por razones de origen racial, siendo muy posible que provoquen un exceso de actividad policial en determinadas comunidades. Además de lo anterior, desnaturaliza el requisito de la especialidad en las investigaciones policiales, pues las sospechas basadas en extremos de hecho pasan a ser sustituidas por conclusiones obtenidas por la aplicación de un algoritmo.

El alto impacto de estas medidas ha provocado que surjan demandas para conocer el funcionamiento de dichas herramientas³², incluso planteándose la petición ante los órganos jurisdiccionales³³, que, en algunos casos, han resuelto ordenar a la policía producir y publicar registros sobre las pruebas, desarrollo y utilización de las herramientas de policía predictiva³⁴.

Bibliografía

“3G-GSM Tactical Interception & Target Location”, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://info.publicintelligence.net/Gamma-GSM.pdf>

¿Cómo vigila la policía los delitos en internet? Silvia Barrera, de la UIT de @policia, responde, fecha de consulta 2 mayo 2020, en <https://www.youtube.com/watch?v=ijjBiSu57SE>

“Court: Public Deserves to Know How NYPD Uses Predictive Policing Software”, *Brennan Center for Justice*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/court-public-deserves-know-how-nypd-uses-predictive-policing-software>

³² J. DWYER, “Showing the Algorithms Behind New York City Services”, *The New York Times*, 2017, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.nytimes.com/2017/08/24/nyregion/showing-the-algorithms-behind-new-york-city-services.html>

³³ “PREDICTIVE POLICING GOES TO COURT”, *Brennan Center for Justice*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/predictive-policing-goes-court>

³⁴ “COURT: PUBLIC DESERVES TO KNOW HOW NYPD USES PREDICTIVE POLICING SOFTWARE”, *Brennan Center for Justice*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/court-public-deserves-know-how-nypd-uses-predictive-policing-software>

DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª edición actualizada, La Ley, Madrid, 2018.

DWYER, J., "Showing the Algorithms Behind New York City Services", *The New York Times*, 2017, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.nytimes.com/2017/08/24/nyregion/showing-the-algorithms-behind-new-york-city-services.html>

"ELISA", fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.ccn-cert.cni.es/soluciones-seguridad/elisa.html>

"FLIR Skywatch options", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.flir.com/globalassets/imported-assets/document/skywatch-options.pdf>

FRIEDERSDORF, C., "The NYPD Is Using Mobile X-Ray Vans to Spy on Unknown Targets", *The Atlantic*, 2015, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/10/the-nypd-is-using-mobile-x-rays-to-spy-on-unknown-targets/411181/>

GALLEGO, E., "Honeynets: Aprendiendo del Atacante", p. 10.

"Government Monitoring of Social Media: Legal and Policy Challenges", *Brennan Center for Justice*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.brennan-center.org/our-work/research-reports/government-monitoring-social-media-legal-and-policy-challenges>

H/CREADA: 13-03-2011, A. E. | L. R. | M. Ú. ACTUALIZACIÓN:13-03-2011 | 11:51, "Nueva arma policial: un «GPS» para buscar pedófilos", *La Razón*, 2011, fecha de consulta 2 mayo 2020, en https://www.larazon.es/historico/6205-nueva-arma-policial-un-gps-para-buscar-pedofilos-ILLA_RAZON_363956/

LECHER, C., "Privacy advocate held at gunpoint after license plate reader database mistake, lawsuit alleges", *The Verge*, 2019, fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.theverge.com/2019/2/21/18234785/privacy-advocate-lawsuit-california-license-plate-reader>

"Linux.com: «Know Your Enemy»: Everything you need to know about honeypots", 2008, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://web.archive.org/web/20080202010804/http://www.linux.com/articles/39244>

MONSERRAT COLL, FRANCISCO JESÚS, "PED: Red de equipos trama de REdIRIS", fecha de consulta 4 mayo 2020, en <http://www.rediris.es/cert/doc/pdf/ped-recsi.pdf>

"New York City Police Department Surveillance Technology", *Brennan Center for Justice*, fecha de consulta 2 mayo 2020, en <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/new-york-city-police-department-surveillance-technology>

"NYPD Detective Guide Skywatch (05-26-16).pdf", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.docdroid.net/OliJ4Z6/nypd-detective-guide-05-26-16-pdf>

"PhotoDNA Cloud Service | Microsoft", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.microsoft.com/en-us/photodna/cloudservice>

"PhotoDNA, el sistema que chiva a las policías y redes sociales de todo el mundo quién comparte pornografía infantil", *La Vanguardia*, 2017, fecha de consulta 2 mayo 2020, en <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20170307/42577580221/photodna-sistema-pornografia-infantil.html>

"Predictive Policing Goes to Court", *Brennan Center for Justice*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/predictive-policing-goes-court>

"Privacy Audit & Assessment of ShotSpotter, Inc.'s GunshotDetection Technology", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://static1.squarespace.com/static/58a33e881b631bc60d4f8b31/t/5d40c3693d74b7000160dfbc/1564525424759/Privacy+Audit+and+Assessment+of+Shotspotter+Flex.pdf>

RUMMELL, N., "Groups Demand to See Criteria for NYPD Gang Database", fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.courthousenews.com/groups-demand-to-see-criteria-for-nypd-gang-database/>

- "Spot the Surveillance: A VR Experience for Keeping an Eye on Big Brother", *Electronic Frontier Foundation*, 2018, fecha de consulta 11 mayo 2020, en <https://www.eff.org/pages/descubra-la-vigilancia-una-experiencia-de-realidad-virtual-para-no-perder-de-vista-al-gran>
- "Spotlight: The Dangers of Gang Databases and Gang Policing", *The Appeal*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://theappeal.org/spotlight-the-dangers-of-gang-databases-and-gang-policing/>
- "Street-Level Surveillance", *Electronic Frontier Foundation*, fecha de consulta 11 mayo 2020, en <https://www.eff.org/issues/street-level-surveillance>
- "The EU's horizontal regulatory framework for illegal content removal in the DSM | Hearings | Events | IMCO | 8ª legislatura (2014-2019) | Committees | European Parliament", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/product-details/20180613CHE04321>
- "The HoneyNet Project – HoneyPot research", fecha de consulta 4 mayo 2020, en <http://www.honeynet.org/>
- "The Wildly Unregulated Practice of Undercover Cops Friending People on Facebook", *The Root*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://www.theroot.com/the-wildly-unregulated-practice-of-undercover-cops-frie-1828731563>
- "Tracking down hi-tech crime", 2006, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/5414502.stm>
- "Trapping hackers in the honeypot", 2006, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6035455.stm>
- "US Patent for Vehicle for deploying a mobile surveillance module Patent (Patent # 9,669,690 issued June 6, 2017) - Justia Patents Search", fecha de consulta 5 mayo 2020, en <https://patents.justia.com/patent/9669690>
- WINSTON, A., "Vague Rules Let ICE Deport Undocumented Immigrants as Gang Members", *The Intercept*, fecha de consulta 4 mayo 2020, en <https://theintercept.com/2017/02/17/loose-classification-rules-give-ice-broad-authority-to-classify-immigrants-as-gang-members/>

ACERCA DE LA CONCILIACIÓN COMO APUESTA EFICAZ EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Almudena Valiño Ces

Profesora de Derecho Procesal (Universidad de Santiago de Compostela)

Sumario: I. CON CARÁCTER PRELIMINAR. II. ANÁLISIS DE LA CONCILIACIÓN COMO MODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 1. Regulación. 2. Concepto. 3. Requisitos. 4. Efectos del acuerdo transaccional. III. CONCLUSIONES.

I. CON CARÁCTER PRELIMINAR

En el desarrollo de la fase final del proceso declarativo, cabe diferenciar entre lo que se denomina terminación normal y anormal. Y ello porque aun cuando la manera normal de finalizarlo en todas sus fases es a través de la sentencia, lo cierto es que en determinados supuestos el proceso pueda concluir anticipadamente, bien por sentencia o bien por otro modo¹. Esta terminación anticipada también se conoce como “crisis procesal”² y se refiere al modo anormal³ de

¹ A este respecto, resulta clarificadora la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, núm. 208/2007, de 17 de abril, que señala: “La resolución del recurso al que la presente alzada se contrae exige recordar, con carácter previo, que junto al modo normal de terminación del proceso –mediante sentencia contradictoria que se pronuncia sobre la pretensión objeto del proceso– la doctrina científica –y ahora la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000– distingue distintos modos de terminación anormal del mismo” (F. J. 1º).

² Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 323 a 335 y CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014, p. 53.

³ Esta “anormalidad”, que se atribuye a los modos de terminación del proceso diferentes a la sentencia, no debe interpretarse, en ningún caso, como una falta de correspondencia con la Ley, sino sólo como un signo distintivo respecto de la fórmula tradicional y “normal” de conclusión del proceso (DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 426).

finalización del proceso, por el que se interrumpe su curso, temporal o definitivamente. En realidad, se le va a poner fin, generalmente a través de un acto de parte, antes de haberse desarrollado todas las fases y todos los actos procesales que resultan inútiles o imposibles jurídicamente. En consecuencia, el proceso realmente termina de modo anticipado, aunque no finaliza en sentido propio.

Como es bien sabido, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴ regula específicamente las distintas formas de terminación anticipada del proceso en el Capítulo IV del Título primero del Libro primero: *"Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones"*. En concreto, y respecto al tema que nos ocupa, es el artículo 19 el que se refiere al derecho de los litigantes a disponer del objeto del juicio con el fin de renunciar, desistir, allanarse, transigir o someterse al arbitraje⁵.

Ahora bien, y más allá de lo contemplado en el orden jurisdiccional civil, en cuanto al contencioso-administrativo es necesario acudir a la Sección 9ª del Capítulo I del Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁶, concretamente a los artículos 74 a 77, los cuales regulan el desistimiento, el allanamiento, la satisfacción extraprocesal y la transacción, respectivamente⁷. Con ello y con todo, debemos de tener presente que en esta materia es frecuente la aplicación supletoria de las normas de la LEC –Disposición final primera de la LJCA–, lo que se hace extensible al principio dispositivo de las partes –característico del proceso civil–, en tanto se configura también como un principio clave en el proceso contencioso-administrativo, en virtud del cual las partes pueden disponer del objeto del proceso, en el sentido

⁴ En adelante, LEC.

⁵ Por su parte, el artículo 20 prevé el desistimiento y la renuncia; el 21 contempla el allanamiento; y el 22 la terminación anticipada del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto.

⁶ En adelante, LJCA.

⁷ El procedimiento contencioso-administrativo surgió por la necesidad de resolver las controversias que se planteaban entre las Administraciones Públicas y los particulares. Aun cuando estas controversias se resuelven mediante sentencia, la LJCA posibilita que el litigio finalice por estas figuras que dan gran protagonismo a las partes, toda vez que son ellas quienes manifiestan su voluntad de concluirlo (CASADO ROMÁN, J., "Las formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo", *Diario La Ley*, núm. 7077, Sección Doctrina, 16 de diciembre de 2008, año XXIX, Ref. D-369, Editorial La Ley).

de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad, esto es, pueden servirse de otras formas de concluir la disputa.

II. ANÁLISIS DE LA CONCILIACIÓN COMO MODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Regulación

El artículo 77 LJCA⁸ prevé la posibilidad de finalizar la controversia dentro del proceso, a través de un intento de acuerdo, de transacción o de conciliación. En efecto, se regula una figura que permite la terminación convencional del proceso contencioso-administrativo. Por tanto, este precepto alude a un modo distinto de concluir el proceso sin necesidad de sentencia, y que es el resultado del pactismo que lleven a cabo las partes. En realidad, las ventajas que presenta esta figura, concretamente, la resolución acordada de un conflicto, son claras, no sólo en cuanto al coste temporal y económico, sino también como descarga de trabajo para los tribunales⁹.

Así las cosas, para que pueda hablarse de transacción es necesario que exista un conflicto entre partes. Incluso cuando es parte la Administración, se alude a la existencia de una situación jurídica indeterminada o incierta o tenida por tal. De hecho, la incertidumbre y complejidad de la situación y la posibilidad

⁸ Este precepto dispone: “1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo soliciten y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros”.

⁹ LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Oñati - Instituto Vasco de la Administración Pública, Bilbao, 2000, pp. 211 y 212.

de eliminarla, unidas a las recíprocas concesiones de las partes, son elementos esenciales. De manera que, para lograr la rápida resolución de ese conflicto, la Ley arbitra varias facultades en manos de las partes o del órgano judicial, como puede ser la de llevar a cabo un intento de conciliación.

Con ello y con todo, nos encontramos ante un supuesto que fue introducido como novedad con la promulgación de la LJCA, como un sistema alternativo para la resolución del conflicto planteado entre las partes. En especial, lo novedoso consistía en otorgar al acuerdo de conciliación judicial la misma fuerza que a la sentencia a efectos de ejecución forzosa, lo que refuerza el interés de la Ley por esta forma de terminación del proceso, tal y como dispone su Exposición de motivos.

2. Concepto

La conciliación, o más propiamente la transacción judicial, es el acuerdo entre las partes, en virtud del principio dispositivo, mediante el cual se pone fin al litigio, acuerdo que ha de ser homologado por el juez mediante auto que tendrá efectos de cosa juzgada. De esto se infiere que nos encontramos ante un acto de carácter bilateral. Así lo conciben GONZÁLEZ RIVAS y ARANGUREN PÉREZ al señalar: *“toda transacción o compromiso conciliatorio exige una relativa renuncia y disponibilidad de la posición jurídica propia. Al menos, inicialmente, el acercamiento de las posturas de las partes implica aceptar la posición del «otro» mediante la modificación de la actitud propia”*¹⁰.

Se trata, en efecto, de una transacción, cuyo carácter judicial –que implica la homologación del órgano judicial ante el que se tramita el proceso– no desvirtúa su naturaleza contractual, tal y como se define en el artículo 1809 del Código Civil¹¹, del que se extrae que recaiga sobre una relación jurídica incierta¹². De la

¹⁰ GONZÁLEZ RIVAS, J. J. y ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio*, Thomson, Madrid, 2008, p. 599.

¹¹ En adelante, CC. Este precepto prevé: *“La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”*.

¹² ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J. M. y GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio* Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 225.

definición que este precepto contiene de la transacción se coligen las dos clases que existen en función de que se dirijan a evitar un pleito o a poner fin al que había comenzado. Así, en el primer caso, se trata de la extrajudicial porque el pacto se produce fuera del proceso y con repercusión indirecta sobre éste y, en el segundo caso, el contrato en el que se formaliza la transacción judicial se somete al juez o tribunal y por la homologación de éste adquiere fuerza y finaliza el proceso.

El hecho de haber trasladado esta posibilidad al orden contencioso no es otro que un intento muy bienintencionado del legislador de proceder a desatascar el colapso que padece esta Jurisdicción. Ello no obstante, cabe destacar su falta de operatividad¹³, debido en su mayor parte a la propia base personal del orden contencioso, donde una de las partes será siempre una Administración y no otro particular. Una Administración investida de una serie de privilegios que le permiten ser operador jurídico y decidir una concreta aplicación de la legalidad.

A ello deben sumarse los impedimentos legales que tiene la Administración para transigir, ya que el letrado que represente a la Administración no es dueño de la posición de la misma, como sucedería con un particular, sino que requiere también de la autorización de dicha Administración para acceder a una eventual conciliación. Por consiguiente, las Administraciones Públicas tendrán que obtener de sus órganos competentes la correspondiente autorización para transigir. Concretamente, cuando se trata de la Administración del Estado o uno de sus organismos autónomos, se precisará autorización por decreto acordado

¹³ En este sentido, ARISTÓTELES MAGÁN PERALES afirma que, en la práctica, *“cuando un asunto se judicializa, existen muy pocas posibilidades de que la Administración dé su brazo a torcer. Sobre todo cuando no lo hizo utilizando la figura similar que contiene el procedimiento administrativo (la terminación convencional). Estamos sin ninguna duda ante la figura menos utilizada en la práctica, dado el nulo interés de las Administraciones públicas afectadas y la escasa tradición de esta figura en el Orden contencioso-administrativo”* (ARISTÓTELES MAGÁN PERALES, J. M., *“La sentencia y otras formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo”*, en OLIVÁN DEL CACHO, J. y EZQUERRA HUERVA, A. (Dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014). En sentido contrario, GIMENO SENDRA entendió que no existía impedimento para su aplicación, siempre y cuando se observasen todos los requisitos y, especialmente, el de que se trate de una materia litigiosa disponible, cuyos efectos transcurran exclusivamente entre las partes, sin que puedan estar comprometidos el interés público o el de terceros (GIMENO SENDRA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J., MORENO CATENA, V. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993).

en Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno. Autorización que, cuando se trate de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las Administraciones locales, corresponderá al órgano de Gobierno de la respectiva Comunidad. Por tales motivos, la figura de la conciliación no suele ser un instrumento que permita liberar de carga de trabajo a los órganos de lo contencioso.

3. Requisitos

Para que exista esta figura de la conciliación es necesario que se cumplan, en primer lugar, los requisitos objetivos. La LJCA nos indica que, una vez formuladas la demanda y la contestación, de oficio o a instancia de parte, el órgano jurisdiccional puede someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de lograr un acuerdo –de conciliar, de transigir– que ponga fin a la controversia, siempre y cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción¹⁴ y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad¹⁵.

Efectivamente, a tenor de la Ley, se debe de tratar de una materia que por su naturaleza, sea susceptible de transacción y, particularmente, cuando se trate de reclamaciones de cantidad. Nos movemos, por tanto, en una indefinición en lo que se refiere a las materias concretas que pueden ser objeto de transacción o conciliación, dejando abiertos algunos límites a la eventualidad de pactar sobre

¹⁴ El auto del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2001 se pronuncia acerca de las materias susceptibles de transacción: “[...] *denegó la tramitación del incidente del artículo 77 de la Ley Jurisdiccional, al versar dicho precepto sobre las facultades de la Sala para propiciar una conciliación o transacción entre las partes, que se excluye cuando la cuestión debatida verse sobre materias no susceptibles de transacción, como en este caso ocurre; resultando, a mayor abundamiento, que los supuestos hechos cuyo reconocimiento se solicita resultan irrelevantes para el enjuiciamiento de la actuación de la Junta Electoral Central, impugnada en este proceso; y no se solicita tanto el reconocimiento de un hecho como la aceptación por el Ayuntamiento codemandado de un alegato jurídico, desde el momento que el demandante, más que pedir el reconocimiento de que no se ha interpuesto un recurso contra un Auto dictado en la Jurisdicción Penal (lo que, se insiste en ello, es intrascendente a efectos de este proceso), busca el reconocimiento de las consecuencias jurídicas que anuda a tal aquietamiento; debiéndose imponer las costas de esta súplica al demandante, por apreciarse temeridad procesal en su planteamiento*” (vid. F. J. 2º).

¹⁵ Tal y como se prevé en el F. J. 4º de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, núm. 698/2018, de 12 abril.

ciertos asuntos, en los que puede resultar más adecuada la fórmula de la transacción, como pueden ser los asuntos públicos o los actos administrativos reglados. En consecuencia, *a priori* se considera aventurado elaborar un listado exhaustivo de materias o cuestiones en las que resulte más apropiada la fórmula de la transacción.

En segundo lugar, también son precisos unos requisitos subjetivos. A este respecto, el artículo 77.1 reconoce una amplia posibilidad al órgano judicial de someter a consideración de las partes, de oficio o a solicitud de una de ellas, la opción de que éstas logren un acuerdo sobre el objeto del proceso. En efecto, se trata de una facultad, no siendo obligatorio que se alcance este acuerdo, el cual sólo podrá ser realizado por voluntad de las partes, exigiéndose en el artículo 1713 CC poder especial para pleitos para que sea válida la transacción conseguida por ellas. Por tanto, el intento de transacción o conciliación puede realizarse por el juez o tribunal, de oficio, o a instancia de parte. En realidad, lo más normal es que la transacción tenga lugar a instancia de las partes litigantes, que darán cuenta al órgano judicial del acuerdo logrado entre las mismas.

Por último, existen los requisitos temporales, es decir los referidos al momento procesal en el que cabe la transacción. En puridad, ésta debe producirse desde que se interpone la demanda y la contestación y con anterioridad al momento en que se declara el proceso concluso para dictar sentencia. Ahora bien, SANTA-MARÍA PASTOR considera que la Ley no es clara cuando alude a este elemento temporal. Si se debe hacer *“una vez formulada la demanda y la contestación”* y además que podrá producirse *“en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia”*, se está dejando un margen temporal muy estrecho para la incoación del trámite –el período de prueba y de vista o conclusiones–, que puede incluso no existir en absoluto en el supuesto previsto en el artículo 57¹⁶, en el que el pleito es declarado concluso en el mismo momento de recibirse la contestación a la demanda¹⁷. En consecuencia, esta restricción temporal no sería del todo acertada, en tanto no coadyuva a incentivar el empleo de este método de finalización del proceso.

¹⁶ Este precepto hace referencia a cuando el actor haya pedido en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista o conclusiones y la parte demandada no se opona.

¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 773 y 774.

Con ello y con todo, el precepto sí es claro cuando dispone que la transacción debe tener lugar *“en los procedimientos en primera o única instancia”*, de lo que se infiere que no resulta posible la técnica de la transacción o conciliación en vía de recurso. Ello se debe a que en la vía de recurso se depura la corrección jurídica de una anterior resolución jurídica –auto o sentencia– que ha eliminado, con la decisión, la incertidumbre jurídica que constituye el requisito o la base fáctica para que pueda hablarse de transacción¹⁸. Por otro lado, GONZÁLEZ PÉREZ sostiene que no existe motivo impeditivo para aplicar la transacción en la fase de ejecución, mediante convenio entre las partes que ponga fin a las cuestiones debatidas, siempre y cuando concurra el requisito de la incertidumbre o dificultad en la solución¹⁹.

4. Efectos del acuerdo transaccional

Como regla general, y de conformidad con el apartado 2 del artículo 77 LJCA, el intento de conciliación no suspenderá el curso del proceso, salvo que todas las partes personadas lo soliciten²⁰. En caso de que las partes hubiesen solicitado tal suspensión y a ninguna de ellas le interesase la reanudación del proceso, deberá atenderse a lo previsto en el artículo 237 LEC sobre caducidad de la instancia²¹. Respecto al plazo de suspensión, se estará de forma supletoria

¹⁸ GARCÍA MANZANO, P., “Terminación del procedimiento”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 363.

¹⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La transacción en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 145, enero-abril de 1998, p. 23.

²⁰ Tal y como se prevé en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, núm. 282/2017, de 23 junio: *“En el procedimiento de instancia se solicitó por ambas partes la suspensión de su tramitación por estar en proceso de negociación, lo que culminó con la presentación de un acuerdo transaccional que presentaron de común acuerdo al amparo del art 77 LJCA y 19 LEC solicitando que se acordara su homologación”* (F. J. 1º).

²¹ Este precepto, al regular la caducidad de la instancia, dispone: *“1. Se tendrán por abandonadas las instancias y recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el plazo de dos años, cuando el pleito se hallare en primera instancia; y de uno, si estuviere en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación. Estos plazos se contarán desde la última notificación a las partes.*

2. Contra el decreto que declare la caducidad sólo cabrá recurso de revisión”.

al artículo 19.4 LEC en el que se prevé sesenta días. Ello no obstante, este plazo puede considerarse insuficiente para lograr cambiar la voluntad de las partes y recabar las autorizaciones de órganos superiores e informes o dictámenes consultivos que la transacción suele requerir.

Si tras las conversaciones llevadas a cabo por las partes se lograra el acuerdo, entonces se extinguirá la controversia y el tribunal deberá dictar auto por el que declare terminado el litigio²². Para que este efecto extintivo tenga lugar, la transacción requiere que en el convenio hayan intervenido todos los comparecidos como demandados, aun cuando es discutible si han de ser también incluidos los que, a pesar de ostentar dicha posición procesal, intervienen no como titulares de derechos derivados del acto recurrido, sino como legitimados pasivamente en virtud de simple interés legítimo²³. Por el contrario, si no se alcanzase la transacción, el proceso continuará con normalidad hasta dictarse sentencia.

Por otro lado, aun cuando el legislador no ha delimitado cual deba ser el contenido de la resolución judicial que declara finalizado el litigio, resulta lógico considerar que para facilitar, incluso, la ejecución de lo acordado, el auto deberá incluir la expresión literal de lo convenido, pues de esta forma se cumple también el deber del órgano jurisdiccional de velar por la regularidad de su contenido. En realidad, esta precaución necesaria podría posibilitar la ejecución judicial de lo acordado en el hipotético caso de que alguna de las partes mostrase una futura resistencia a cumplir²⁴.

De conformidad con el apartado 3 del artículo 77, ese acuerdo transaccional necesita la homologación judicial, una vez examinada la concurrencia de la capacidad procesal exigida a las partes y que es conforme a la ley, y siempre que lo acordado entre las partes no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento

²² Tal y como contempla el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Guadalajara núm. 65/2017, de 2 de marzo, en tanto señala: *“la terminación del presente procedimiento, por haber llegado las partes a un acuerdo que implica la desaparición de la controversia”*.

²³ De acuerdo con el artículo 21.1.b LJCA, tienen la consideración de parte demandada: *“Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”*.

²⁴ GONZÁLEZ RIVAS, J. J. y ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio...*, op. cit., p. 598.

jurídico ni lesivo del interés público o de terceros. Los terceros afectados, en cualquier caso, tendrán que ser llamados al proceso y para que las consecuencias jurídicas de lo acordado les vinculen deberán también prestar su conformidad. En ese mismo auto que declara terminado el proceso, se ordenará el archivo de los autos y la remisión del expediente a la Administración. Si apreciase alguna de esas circunstancias también se dictará auto motivado, haciéndolo constar así y continuando el proceso hasta dictar sentencia.

El auto dictado tendrá la misma fuerza ejecutiva que una sentencia. De esta forma, se está otorgando al acuerdo de conciliación judicial la misma fuerza que a la sentencia a efectos de ejecución forzosa, lo que refuerza el interés de la Ley por este modo de terminación del proceso.

Por consiguiente, partiendo de la eficacia de cosa juzgada que le atribuye el artículo 1816 CC²⁵ a la conciliación, el artículo 113 LJCA²⁶ abre la vía de la ejecución forzosa en términos semejantes a como lo hacía el artículo 692 LEC para el acuerdo alcanzado en la comparecencia del juicio de menor cuantía.

Para recabar del órgano jurisdiccional la ejecución forzosa distingue el artículo 113 entre el supuesto de que el acuerdo no contuviera plazo para llevar a efecto sus previsiones, en cuyo caso la parte perjudicada podrá requerir a la obligada el cumplimiento, y si en plazo de dos meses no se produce, podrá *“instar su ejecución forzosa”*; y aquel otro en que el propio convenio incorpora un plazo para su cumplimiento, en que cualquiera de las partes, transcurrido éste, podrá instar del juez o tribunal la ejecución forzosa, sin actividad previa alguna.

²⁵ El artículo 1816 Código Civil: *“La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”*.

A juicio de GIMENO SENDRA, lo convenido en transacción judicial no goza de la totalidad de los efectos de cosa juzgada, toda vez que ésta puede adolecer de defectos o incurrir en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que determinen su nulidad o anulabilidad, todo ello con independencia de la homologación judicial del acuerdo (GIMENO SENDRA, V., *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 262).

²⁶ El artículo 113 LJCA: *“1. Transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo a que se refiere el artículo 77.3, cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa. 2. Si no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa”*.

Con todo, en la práctica, cuando un asunto se judicializa, todavía son escasas las ocasiones en las que la Administración da su brazo a torcer. Ello nos sitúa ante una figura poco utilizada en la práctica, dado el nulo interés de las Administraciones Públicas afectadas y la insuficiente tradición de esta figura en el orden contencioso-administrativo.

III. CONCLUSIONES

La disponibilidad que sobre el proceso contencioso-administrativo ha determinado el legislador español, viabiliza su finalización por medios distintos de la sentencia. En efecto, el principio dispositivo constituye una pieza clave en tanto su configuración implica que las partes litigantes tienen a su disposición el proceso. En consecuencia, éstas pueden disponer no sólo del inicio y del desarrollo, sino también de la terminación anticipada de la contienda, en concreto, cuando se alcanza un acuerdo transaccional.

En este sentido, el artículo 77 LJCA contempla la posibilidad de someter la cuestión controvertida a la terminación convencional mediante transacción procesal y, por ende, a la conciliación. Ahora bien, cuando la terminación anormal es resultado de la transacción entre las partes del litigio, la aceptación por ese cauce de unos hechos controvertidos no vincula al tribunal, que podrá ordenar la continuación del proceso, cuando aprecie que lo acordado es manifiestamente contrario al ordenamiento o estimase que es lesivo para el interés público o de terceros.

Con todo y con ello, lo cierto es que la figura examinada presenta un escaso alcance práctico a la hora de terminar este tipo de procesos de manera anticipada y consensuada. Además, la regulación que encontramos de ella en la Ley es reducida, por lo que es la jurisprudencia la que, en numerosas ocasiones, ha tenido que concretar su alcance y significado.

Bibliografía

- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J. M. y GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Ley 29/1998, de 13 de julio, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- ARISTÓTELES MAGÁN PERALES, J. M., "La sentencia y otras formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo", en OLIVÁN DEL CACHO, J. y EZQUERRA HUERVA, A. (Dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CASADO ROMÁN, J., "Las formas de terminación del procedimiento contencioso-administrativo", *Diario La Ley*, núm. 7077, Sección Doctrina, 16 de diciembre de 2008, año XXIX, Ref. D-369, Editorial La Ley.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- GARCÍA MANZANO, P., "Terminación del procedimiento", en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- GIMENO SENDRA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J., MORENO CATENA, V. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GIMENO SENDRA, V., *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La transacción en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 145, enero-abril de 1998.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J. y ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio*, Thomson, Madrid, 2008.

LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Oñati - Instituto Vasco de la Administración Pública, Bilbao, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010.

CONEXIÓN PENAL Y TRIBUNAL DEL JURADO¹

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal (Universitat de Barcelona)

Sumario: I. OBJETO DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y CONEXIÓN PENAL. II. LAS CAUSAS DE CONEXIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL TRAS SU REFORMA POR LEY 41/2015 (ART. 17 LECRIM). III. LA CONEXIÓN PENAL EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO (ART. 5 LOTJ). ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TS, DE 9 DE MARZO DE 2017.

I. OBJETO DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y CONEXIÓN PENAL

La importancia de determinar e identificar el objeto del proceso penal, en cuanto nervio o hilo conductor de todo el proceso², viene justificada, de una parte, por la exigencia de dar respuesta al interrogante acerca de qué sea aquello sobre lo que encuentra proyección, en un caso concreto, la actividad jurisdiccional penal; y, de otra, en el interés que dicha respuesta tiene en orden a permitir la correcta interpretación de variadas y trascendentes instituciones procesales como, por ejemplo, la clase de proceso a seguir, la litispendencia, la conexión penal, la correlación entre acusación y sentencia, o la cosa juzgada³.

¹ Este artículo es mi contribución al merecidísimo Homenaje al Prof. Dr. José de los Santos Martín Ostos, celebrado en la Universidad de Sevilla, en el mes de septiembre de 2019. El Prof. Martín Ostos, desde los inicios de mi andadura docente e investigadora (tuve la fortuna de contar con su participación como miembro del Tribunal encargado de juzgar, en la Universitat de Barcelona, mi trabajo de tesis doctoral), ha sido un referente procesal y un ejemplo personal de buen estilo universitario. El mero trámite de su jubilación administrativa no impedirá, a buen seguro, seguir aprendiendo, día a día, de sus enseñanzas, así como disfrutar de su amistad y sentido del humor.

² BETTIOL, G. “*Correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*”, en *Scritti Giuridichi*, Cedam, Padova, 1966, pág. 39.

³ VALLESPÍN PÉREZ, D. *La conexión penal*, Cims, Barcelona, 2007, pág. 19.

El objeto del proceso penal es un hecho de la vida⁴ que presenta características de delito. Dicho objeto no puede construirse sobre el concepto de pretensión punitiva⁵, pues ésta no puede nacer hasta que se haya determinado la propia existencia del hecho⁶. Es una grave equivocación identificar el objeto del proceso penal en función del título de un delito y de una pena determinada. El objeto del enjuiciamiento criminal no es una figura delictiva, así como tampoco su consecuencia penal, sino un hecho, el hecho justiciable, sea cuál sea su tipificación penal o nomen iuris, en tanto que se atribuya a una persona.

El objeto del proceso penal no viene suministrado ni por la calificación jurídica del hecho, ni tampoco por la naturaleza o cuantía de la pena solicitada, sino más bien por la identidad de un acaecer histórico, analizado en su unidad natural y no en la jurídico-penal, de la que se pretende extraer una consecuencia jurídico-penal, cualquiera que esta sea⁷. La determinación e identificación de este hecho justiciable, en cuanto objeto del proceso penal, debe enfrentarse con criterios naturales o históricos, temporales o geográficos. Con todo, esta visión naturalista del hecho justiciables debe complementarse con criterios normativos, ya que dicho hecho no viene configurado, exclusivamente, por hechos naturales, sino también, e incluso de modo principal, por criterios jurídicos⁸. Ello es así, porque el hecho que interesa al enjuiciamiento criminal es aquel que resulta aparentemente delictivo y que, en verdad, tiene la virtualidad de provocar la apertura del proceso y que éste prosiga, a continuación, su tramitación particular.

⁴ BELING, E. *Derecho Procesal Penal*, traducción de Fenech Navarro, Ed. Labor, Barcelona, 1945, pág. 79.

⁵ MANZINI, V. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, I, traducción de Sentís Melendo y Ayarra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1951, págs. 247 y ss.

⁶ VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “*Crisis de la justicia y reforma del proceso penal*”, en *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I, Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1988, pág. 374; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, Juruá, Curitiba, 2019, págs. 22-23.

⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Bosch, Barcelona, 1947, págs. 51 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., pág. 25.

⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 305-306; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., pág. 28.

Lo relevante para el proceso penal, por tanto, no es tanto un hecho natural o el relato de un acontecimiento realmente producido, sino sus aspectos trascendentes en orden a su subsunción, es decir, aquellos hechos naturales, fijados normativamente, que integran el tipo legal a aplicar. Y este hecho será el mismo cuando exista identidad, al menos parcial, de los actos de ejecución típicos, o bien cuando aún sin llegar a darse tal identidad, el objeto material del delito sea el mismo⁹.

Así fijado el objeto del proceso penal, la unidad de objeto implica la unidad de procedimiento, es decir, la existencia de un proceso por cada hecho justiciable. Esta regla general, que ya subyacía en el viejo art. 300 LECrim, es también apreciable, con excepciones y bajo la discrecionalidad judicial, en el art. 17 LECrim, tras su reforma por Ley 41/2015. Junto a la regla general de unidad de objeto, es lo cierto que también es factible, en ciertas situaciones, que el proceso penal se ocupe, conjuntamente, de dos o más objetos (hechos justiciables) que por sí mismos y de forma aislada bien podrían dar vida al seguimiento, cada uno de ellos, de un enjuiciamiento criminal autónomo. En estas situaciones se plantea, precisamente, un proceso penal con pluralidad de objetos penales relacionados entre sí, esto es, la conexión penal. Para que haya conexión se requiere no solo que haya dos o más hechos justiciables, cada uno de los cuales pudiera haber dado pie al seguimiento de un proceso penal, sino también que éstos aparezcan entrelazados entre sí por un nexo que no dependa solo de la eventualidad de la pendencia simultánea de dos o más procesos¹⁰. Ello explica que el art. 17 LECrim haya enfrentado la definición de lo que cabe entender como “delitos conexos” de modo enumerativo¹¹.

Sin obviar que en algunos casos la conexión pueda venir sustentada en la aplicación de normas penales sustantivas (concurso real y concurso medial), así como que también guarda una estrecha relación con el obligado respeto del modelo constitucional de juicio justo o proceso con todas las garantías (derecho de defensa y justicia de la sentencia); es obligado señalar que en cuanto a su

⁹ GÓMEZ ORBANEJA, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, II, op. cit.*, págs. 306-307.

¹⁰ FOSCHINI, G. *La connexione*, Milano, 1952, pág. 3.

¹¹ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015, op. cit.*, pág. 31.

fundamentación cabe traer a colación, por excelencia, la toma en consideración de los principios de economía y armonía procesales¹². El primero de estos principios, el de economía procesal, aconseja unificar el tratamiento de dos o más hechos justiciable entre los que exista un cierto “nexo” en aras a reducir el coste de tiempo, esfuerzo y dinero que supondría afrontar su análisis y decisión por separado y, por extensión, en algunas ocasiones, facilitar su propia prueba. El segundo de los principios referidos, esto es, el de armonía procesal, en íntima relación con el de seguridad jurídica, impone evitar decisiones contradictorias entre sí, situación ésta que podría darse en aquellos casos en los que ventilándose cada uno de los hechos justiciables con elementos de conexión en procedimientos diferentes, se acabase por llegar, en ambos, a resultados opuestos.

De acuerdo con la doctrina y la propia jurisprudencia es factible observar diferentes clasificaciones de la conexión penal. En primer lugar, según la índole penal o no de los asuntos conexos, se distingue entre una conexión homogénea (hechos justiciables conexos) y otra heterogénea (cuestiones prejudiciales y ejercicio de la acción civil ex delicto)¹³. En segundo lugar, junto a esta primera clasificación de la conexión penal, no admisible técnicamente en atención al concepto de conexión antes esbozado, también cabe distinguir entre una conexión por necesidad, que obliga a enjuiciar conjuntamente todos los elementos de un mismo hecho como respuesta a la exigencia de una única pretensión punitiva que no pueda fraccionarse; y una conexión por razones de conveniencia, en la que el vínculo entre hechos individualizados y distintos, cuando menos desde un punto de vista normativo, deriva de la unidad de sus responsables o de una relación de temporalidad¹⁴. En tercer lugar, se ha distinguido entre una conexión formal

¹² DE LA OLIVASANTOS, A. *La conexión en el proceso penal*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1972, pág. 77; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015, op. cit.*, págs. 33 y ss. Sobre la plural fundamentación de la conexión penal, véanse, ente otras, la SAP de Granada (Sección 2ª), núm. 519/2017, de 27 de octubre de 2017 (La Ley 178108/2017), y el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 30 de diciembre de 2015 (La Ley 217271/2015).

¹³ DE LA OLIVA SANTOS, A. *La conexión en el proceso penal, op. cit.*, págs. 27 y 205 y ss.

¹⁴ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015, op. cit.*, págs. 36-37. Sobre esta clasificación, ya recogida conceptualmente en la STS núm. 10626/1993 (Sala Segunda), de 5 de marzo de 1993 (RJ. 1994/700), véanse tanto el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, de 11 de mayo de 2017 (La Ley 49026/2017), como la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), núm. 54/2017, de 6 de febrero de 2017 (La Ley 67253/2017).

(impropia o extrínseca), que puede surgir con motivo de la simple circunstancia de que varios procedimientos pendan a la vez ante el mismo juez o jueces diferentes; y una conexión material (propia o intrínseca), según la cual el legislador ha incorporado todo un elenco de hechos justiciables que cabe estimar como “conexos” entre sí¹⁵. Y, finalmente, dentro de la conexión penal se ha distinguido entre una conexión subjetiva (el nexo guarda relación con los sujetos, pues se trata de hechos justiciables cometidos por diferentes personas que se han vinculado por su “intención criminal”¹⁶), otra objetiva (también llamada instrumental, en la que tienen cabida los hechos cometidos como medio para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad)¹⁷ y una tercera, de naturaleza mixta, en atención a la analogía o relación apreciable entre los diferentes hechos justiciables cometidos por una misma persona¹⁸.

II. LAS CAUSAS DE CONEXIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL TRAS SU REFORMA POR LEY 41/2015 (ART. 17 LECRIM)

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española, antes de su reforma por Ley 41/2015, dedicó su art. 17 a la delimitación de los “hechos justiciables conexos”: *“Consideránse delitos conexos: 1º. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que estas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2º. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3º. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4º. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5º. Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”*.

¹⁵ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., pág. 41.

¹⁶ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., págs. 49 y ss.

¹⁷ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., págs. 55 y ss.

¹⁸ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., págs. 69 y ss.

Si bien la dicción literal del viejo art. 17 LECrim (consideráanse delitos conexos), la pluralidad de fundamentos de la conexión penal, y la previsión de una especie de “cajón de sastre” en su número 5º (conexión por analogía o relación), podían llevar a concluir que la enumeración de las causas de conexión, antes de la reforma de 2015, respondía a un *numerus apertus*; lo cierto es que nuestra jurisprudencia, en líneas generales, terminó por estimar que los motivos de conexión penal constituían un *numerus clausus*, esto es, un catálogo cerrado, en tanto que de no ser así poco sentido tendría que nuestro legislador procesal penal hubiese dedicado su atención a definir, con detalle, en el viejo art. 17 LECrim, las causas de conexión¹⁹.

Con la reforma introducida en esta materia por la Ley 41/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su art. 17 ha visto ampliados los motivos que permiten considerar conexos dos o más justiciables, así como se han incrementado también, en una tendencia ya apreciable en el procedimiento abreviado, las facultades de valoración del juez en orden a apreciar la necesidad o conveniencia de acumular causas por conexión penal. Se han añadido dos nuevos supuestos de conexión: los hechos justiciables del favorecimiento real o personal y el blanqueo de capitales respecto al hecho antecedente; y los cometidos por diferentes personas cuando se ocasionen daños o lesiones recíprocos. En paralelo, incluso en los casos tasados por la ley, podrá llegar a rechazarse la acumulación cuando resulte aconsejable el conocimiento de los asuntos por separado; así como se ha limitado la acumulación de aquellos hechos justiciables cometidos por una misma persona cuando ésta derive de su analogía o relación, de tal forma que ahora se atribuye al Ministerio Fiscal y al Juez la facultad de ponderar la conveniencia ante la complejidad, siendo este último el que, con un cierto margen de discrecionalidad, debe resolver lo que estime más oportuno y conveniente en cada caso concreto²⁰.

¹⁹ VALLESPÍN PÉREZ, D. *La conexión en el proceso penal*, *op. cit.*, pág. 63. A igual conclusión, desde la perspectiva del procedimiento de menores, véase, por todos: MARTÍN OSTOS, J. *Jurisdicción Penal de Menores*, Juruá, Lisboa, 2016, pág. 85.

²⁰ Para una valoración general de los cambios incorporados en el art. 17 LECrim, tras su reforma por la Ley 41/2015, véanse, entre otros: ADELL GARCÍA, C. “*La conexidad en el proceso penal*”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier-Fundación Manuel Serra Domínguez, dirigida por Jaume Alonso-Cuevillas i Sayrol, Barcelona, 2016, págs. 251-252; CUBILLO LÓPEZ, I. *Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por Ley 41/2015*, Estudios Deusto, 65 (2) – 2017, pág. 48; MUERZA ESPARZA, I. *La nueva conexión delictiva*, *Legal Today*, 25 de septiembre de 2018, págs. 1-2; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, *op. cit.*, págs. 43 y ss.

Concretamente, el art. 17 LECrim, tras su reforma por Ley 41/2015, de 5 de octubre, dispone: *"1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa. No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulte conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga una excesiva complejidad o dilación del proceso. 2. A los efectos de la atribución de la jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos: 1º. Los cometidos por dos o más personas reunidas. 2º. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3º. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4º. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5º. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente. 6º. Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos. 3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulta conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga una excesiva complejidad o dilación para el proceso".*

Esta nueva dicción literal del art. 17 LECrim, acompañada de la derogación de su viejo art. 300, comporta: el cambio de ubicación sistemática de la regla general en virtud de la cual cada hecho justiciable dará lugar a la formación de una única causa; la restricción de los casos en que los hechos justiciables conexos serán investigados y enjuiciados en una misma causa, pues ello se hace depender no solo de que la investigación y prueba en conjunto de los hechos resulte conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades que procedan, sino que también se excepciona cuando suponga una excesiva complejidad o dilación para el proceso; la enumeración de unos supuestos tasados de conexión penal en los que se vienen a recoger gran parte de los motivos de conexión del viejo art. 17 LECrim, se añaden dos nuevos y, por último, se descarta la analogía o relación como causa de conexión por sí misma, sin perjuicio, claro está, que los hechos que hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, de ser competencia del mismo órgano judicial, sí que podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, pero siempre que la investigación y prueba en conjunto de tales

hechos justiciables sea conveniente para su esclarecimientos y la determinación de las responsabilidades procedentes, así como todo ello no suponga una excesiva complejidad o dilación para el proceso²¹.

Llegados a este punto de la exposición resulta obligado señalar que el análisis de las causas de conexión resulta especialmente compleja, dada la interpretación conjunta entre el art. 17 LECrim y los arts. 1 y 5 LOTJ, así como la proliferación en esta materia de sucesivos Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo; en el ámbito de aplicación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, objeto de análisis exhaustivo en el próximo apartado de este mismo artículo científico²².

III. LA CONEXIÓN PENAL EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO (ART. 5 LOTJ). ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TS, DE 9 DE MARZO DE 2017

De conformidad con el art. 125 de la Constitución Española de 1978: *“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”*. Sin embargo, no fue hasta la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, modificada por la LO 8/1995, de 16 de noviembre, que se procedió a la regulación del procedimiento para la sustanciación de ciertas causas criminales ante el Tribunal del Jurado.

En este procedimiento, desde un primer momento, adquirió gran relevancia todo lo relativo a la determinación de la competencia del Tribunal Jurado (arts. 1 y 5 LOTJ) y, más concretamente, la cuestión relativa a determinar si a él resultaba de aplicación o no la causa de conexión fundada en la analogía o relación (conexión mixta).

²¹ En atención a la aplicación de las reglas fijadas en orden a la conexión penal, tras la reforma del art. 17 LECrim, de 2015, véanse, por todos, el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3, de 18 de diciembre de 2018 (La Ley 215899/2015); y el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3, de 7 de diciembre de 2015 (La Ley 196149/2015).

²² Vid. III.

Si bien el art. 1.2 LOTJ contempla un listado de delitos de los que ha de conocer el Tribunal del Jurado, la concreción de la competencia de dicho tribunal, ante hechos justiciables conexos, exige la correcta comprensión previa tanto de la dicción literal del art. 5 LOTJ, como del art. 17 LECrim, norma supletoria en esta materia y que, como se ha avanzado, ha sufrido diferentes modificaciones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española²³.

Según el art. 1 LOTJ: *“El Tribunal del Jurado, como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por esta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas: a) Delitos contra las personas; b) Delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; c) Delitos contra la libertad y la seguridad. 2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal: a) Del homicidio; b) De las amenazas; c) De la omisión de deber de socorro; d) Del allanamiento de morada; e) De la infidelidad en la custodia de documentos; f) Del cohecho; g) Del tráfico de influencias; h) De la malversación de caudales públicos; i) De los fraudes y exacciones legales; j) De las negociaciones prohibidas a funcionarios; y k) De la infidelidad en la custodia de presos. 3. El juicio del Jurado se celebrará solo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado. En todo caso, quedarán excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional”*.

²³ Sobre este particular, con carácter general, por todos: BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. *La conexidad en la Ley del Jurado*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (monográfico sobre el décimo aniversario de la Ley del Jurado), 2005; DE URBANO CASTRILLO, E. *La nueva doctrina de la conexidad delictiva en el tribunal del jurado*, Aranzadi Doctrinal, 2010, núm. 3; y *Conexidad y Jurado*, Práctica Jurídica Penal, 2010; GIMENO JUBERO, M.A. *“Ámbito objetivo del proceso ante el Tribunal del Jurado”*, en *El Tribunal del Jurado*, coordinada por Varela Castro, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995; MUÑOZ CUESTA, F.J. *Competencia del tribunal del jurado. Especial referencia a los delitos conexos: STS de 26 de junio de 2019*, Aranzadi Doctrinal 2009; LOMBARDERO MARTÍN, J.M. *La competencia del Tribunal del Jurado: breve análisis de la cuestión tras el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017*, Revista Internacional Consinter de Derecho, Año III, número V, 2º semestre de 2017, Ed. Juruá; ORDUÑA NAVARRO, B. *Conexidad y juicio por jurado*, Diario La Ley, núm. 8027, 2013; VALLESPÍN PÉREZ, D. *La conexión en el proceso penal, ob, cit, El tractament dels delictes connexos davant del Tribunal del Jurat a Catalunya*, Cims, Barcelona, 2007; y *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015, op. cit.*

De otra parte, el art. 5 LOTJ, dedicado a la determinación de la competencia del Tribunal del Jurado y que incorpora diferentes referencias al fenómeno de la conexión penal, dispone: *“1. La determinación de la competencia del Tribunal del Jurado se hará atendiendo al presunto hecho delictivo, cualquiera que sea la participación o el grado de ejecución atribuido al acusado. No obstante, en el supuesto del art. 1.1.a) solo será competente si el delito fuere consumado. 2. La competencia del Tribunal del Jurado se extenderá al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: a) Que dos o más personas cometan simultáneamente los distintos delitos; b) Que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello; c) Que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el art. 1 de la presente ley, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa. 3. Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento. Asimismo, cuando diversas acciones y omisiones constituyan un delito continuado será competente el Tribunal del Jurado si ese fuere de los atribuidos a su conocimiento. 4. La competencia territorial del Jurado se ajustará a las normas generales”.*

Si fijamos la atención en al art. 5 LOTJ cabe concluir lo siguiente: en él se recogen, expresamente, los cuatro primeros números del viejo art. 17 LECrim²⁴. Sin embargo, mayores problemas se plantearon respecto a determinar si el motivo de conexión previsto en el viejo art. 17.5º LECrim (conexión por analogía o relación), tenía cabida o no en el ámbito del procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

²⁴ GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *“Comentario al art. 5 LOTJ”*, en *Comentarios a la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*, coordinada por Gómez Colomer y Montero Aroca, Aranzadi, Navarra, 1999, págs. 329 y ss.; PALACIOS CRIADO, T. *“La conexión penal. Normas de reparto”*, en *Jurisdicción y competencia penal*, monográfico dirigido por Martínez Arrieta, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., pág. 125.

Ante el silencio apreciable en el art. 5 LOTJ, que bien pudo responder a la voluntad de no sobrecargar de trabajo al Tribunal del Jurado o, por el contrario, a la necesidad de evitar que éste se viese abocado, en la práctica, al conocimiento de objetos penales de notable complejidad²⁵; se planteó la necesidad de determinar qué órgano judicial debía ser competente cuando persiguiéndose un hecho justiciable competencia del Tribunal del Jurado se acusase también por otro u otros hechos justiciables ajenos a su competencia y con los que no guardase, a su vez, ninguna de la modalidades de conexión sí expresamente fijadas en el art. 5 LOTJ.

En un primer análisis, la mera comparación entre el tradicional art. 17 LE-Crim y el art. 5.2 LOTJ condujo a concluir, en una interpretación coherente con la práctica judicial predominante, que atribuía en estos casos la competencia a la Audiencia, que nuestro legislador procesal penal excluyó dicha causa de conexión (la referida a la analogía o relación) para determinar la competencia del Tribunal del Jurado respecto a hechos de apariencia delictiva diferentes de los previstos en el apartado 2 del art. 1 de la LOTJ. En esta línea de pensamiento, también recogida en las propias directrices de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/1995, de 27 de diciembre, se pronunció la Sala de lo Penal del TS²⁶.

Ahora bien, el hecho de que el art. 5.2 LOTJ no incluyese (ni incluya) de forma expresa la conexión mixta entre los casos en que sí es permitido extender la competencia del Tribunal del Jurado a delitos que, en principio, no lo están sometidos; no debió permitir estimar, sin más, que el conocimiento del complejo criminal, en estos casos, debe corresponder al órgano judicial. Ello es así, porque dicha conclusión supondría sustraer al conocimiento del Tribunal del Jurado hechos justiciables que, en verdad, nuestro legislador sí quiso que fueran de su competencia y que, incluso, en el supuesto del asesinato consumado, bien puede decirse que constituyen su núcleo básico y tradicional de conocimiento. En consecuencia, en aplicación de un principio "pro jurado" nada obsta para reclamar su vis atractiva, pues de no hacerse así, con seguimiento de una delimitación restrictiva de las competencias del Tribunal del Jurado, puede llegarse a frustrar,

²⁵ STS núm. 70/1999 (Sala Segunda), de 18 de febrero de 1999 (RJ. 1999/511).

²⁶ STS núm. 269/2004 (Sala Segunda), de 8 de marzo de 2004 (RJ. 2004/2931); STS núm. 468/2005 (Sala Segunda), de 14 de abril de 2005 (RJ. 2005/4356).

en última instancia, la participación ciudadana en el ámbito de la Administración de Justicia (art. 125 CE)²⁷.

Dado que la LOTJ no incorporó ni incorpora una norma expresa a través de la cual pueda determinarse cuál sea el órgano competente para conocer del complejo delictivo cuando este incluye delitos no comprendidos en el catálogo de su art. 1.2 y la razón de conexión viene referida a la analogía o relación; de conformidad con las reglas de la hermenéutica jurídica se hizo necesario utilizar, en cuanto supletoria, la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La LECrim, cuando trataba la competencia funcional (hechos justiciables cuyo conocimiento está atribuido a órganos diferentes), se pronunciaba en todos los casos por atribuir la competencia para el conocimiento del complejo delictivo al órgano que la tuviese respecto al conocimiento del hecho justiciable que tuviese señalada una pena mayor. No obstante, sin obviar la utilidad que pueda y deba reconocerse a este criterio relacionado con la gravedad del hecho justiciable; lo cierto es que, en la práctica, se hizo patente la necesidad de complementarlo con la utilización de otros particulares parámetros.

Nuestro legislador no ha contemplado la competencia del Tribunal del Jurado de forma restrictiva, sino que, antes al contrario, ha intentado preservar su competencia para el conocimiento de los delitos señalados en el art. 1.2 LOTJ, lo cual ha hecho con exclusión de las normas generales sobre la competencia en los casos de conexión y unidad de hecho. La exclusión del supuesto de conexión del viejo art. 17.5 LECrim en el art. 5.2 LOTJ solo puede analizarse desde la óptica de intentar evitar que por esta vía el Tribunal del Jurado tuviese que enfrentarse al enjuiciamiento de una pluralidad indeterminada de hechos justiciables, distantes entre sí, pues ello dificultaría, en buena medida, su enjuiciamiento. Se quiso potenciar que aquello que venga sometido al conocimiento del Tribunal

²⁷ DE URBANO CASTRILLO, E. *El jurado y el delito conexo*, Diario La Ley, 1997 (1); LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Participación y colaboración en la Justicia. Instrumentos tradicionales e instrumentos alternativos. Justicia coexistencia y Justicia penal negociada. "Plea Bargaining" y proceso penal "Premial"*, en *Jornadas sobre el Jurado*, Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Cáceres, 1989, pág. 217; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015, op. cit.*, pág. 128. En esta línea, véanse STS núm. 1832/2000 (Sala Segunda), de 29 de noviembre de 2000 (RJ. 2000/9950); y STS núm. 4089/2003 (Sala Segunda), de 2 de abril de 2003 (RJ. 2003/4007).

del Jurado sean hechos singulares. Por ello, precisamente, no se incorporó la conexión por analogía o relación en el ámbito de los supuestos normales de extensión de su competencia, así como también se ordenó, respecto al resto de las causas de conexión, que los diferentes hechos fuesen enjuiciados de forma separada, siempre que ello fuese posible, sin romper la continencia de la causa. De ninguna de las disposiciones del art. 5 LOTJ es posible deducir que nuestra legislación procesal penal haya querido que los hechos justiciables cuyo conocimiento viene atribuido al Tribunal del Jurado sean juzgados, en la práctica, por otro órgano, por el mero hecho de que estos entren en conexión analógica con delitos de diferente naturaleza²⁸.

Con todo, bajo la vigencia del viejo art. 17 LECrim se aplicó como criterio final en orden a la interpretación del art. 5 LOTJ, que también era preciso determinar, en cada caso, cuál fuese el hecho principal, tanto por su propia entidad como por la "intencionalidad esencial" de su autor²⁹. El sentido común y jurídico, que siempre debieran ir cogidos de la mano, lleva a sospechar, por ejemplo, que si se está acusando a una persona de haber asesinado a otra y, después de hacerlo, la misma persona ha terminado por escupir sobre el cadáver, ello no es óbice para concluir que el hecho principal lo es, en este caso concreto, el asesinato y que, por extensión, sería incoherente, desde una perspectiva competencial, que dicho supuesto acabase siendo enjuiciado por el órgano competente para conocer de la profanación de dicho cadáver. Ello responde a que, de no ser así, se ampararían no pocos intentos de eludir la aplicación del art. 1.2 LOTJ y, en consecuencia, de sustraer del conocimiento por parte del Tribunal del Jurado de toda una serie de hechos justiciables que, por su propia naturaleza, constituyen su núcleo más esencial de aplicación³⁰.

Si el autor quiso cometer un delito que cae bajo la competencia del Tribunal del Jurado (intencionalidad principal del autor), las demás acciones delictivas conexas a él, siempre que los hechos puedan considerarse secuencialmente en el

²⁸ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., pág. 130.

²⁹ Sobre la importancia de este elemento, véase, por todos: PÉREZ MARÍN, M^a. A. *Procedimiento ante el Tribunal del Jurado*, Juruá, Lisboa, 2016, págs. 31 y ss.

³⁰ VALLESPÍN PÉREZ, D. *El tractament dels delictes connexos davant del Tribunal del Jurat a Catalunya*, op. cit., págs. 85 y ss.

espacio y el tiempo, también lo serán, aun cuando con las excepciones del delito de prevaricación y de la división de la continencia de la causa. Por consiguiente, deben quedar excluidos de la competencia del Tribunal del Jurado aquellos casos de concurso real de delitos en los que sea posible apreciar alguna de estas dos circunstancias: que la intencionalidad principal del autor sea cometer un delito principal que no es competencia del Tribunal del Jurado; o bien que la propia secuencia temporal y espacial de los hechos no permita su consideración conjunta desde un punto de vista procesal³¹.

Dada la complejidad de todo cuanto se acaba de exponer, no es nada extraño que en esta materia referida a la conexión penal en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado se hayan sucedido diferentes Acuerdos “interpretativos” emanados del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo³².

Por orden cronológico, tras los acuerdos específicos de 8 de mayo de 1998, relativo a los recursos frente al auto resolviendo la declinatoria y en atención al cual se fijó que la apelación en el ámbito del Tribunal del Jurado, por la vía del art. 676 LECim, corresponde al Tribunal Superior de Justicia, así como que fuera de ese ámbito procesal el recurso es el de casación ante la Sala Segunda del TS, a través del art. 848 LECrim; o de 5 de febrero de 1999, por el que se estableció que en los casos en que se imputen a una persona dos o más delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, y para no romper la continencia de la causa, el enjuiciamiento habría de corresponder a la Audiencia Provincial; cabe referir, en primer lugar, el acuerdo, de índole más general, de 29 de enero de 2008, en que se concluyó que conforme al art. 240.2. LOPJ, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, o de los Tribunales Superiores de Justicia, en el procedimiento del Jurado, la Sala solo examinará de oficio su propia competencia; así como que las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración del art. 5 LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la LECrim y en la LOTJ.

³¹ Sobre este particular resultan un buen ejemplo los virajes apreciables en el mediático caso de Rocío Waninkhof.

³² Para un estudio comparativo de todos ellos, véase: VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015, op. cit.*, págs. 133 y ss.

Más tarde, el Pleno de la Sala Segunda del TS, de 20 de enero de 2010, habiendo tratado como asunto único el relativo a la competencia del Tribunal del Jurado en los supuestos de conexión delictiva, emitió el siguiente Acuerdo: *“La regla general es el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continenencia de la causa. a) Se entenderá que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer sentencia en sentido diferente. b) La analogía o relación entre varios hechos constitutivos de varios delitos, en ningún caso exige, por si misma, el enjuiciamiento conjunto si uno o todos ellos son competencia del Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ). 2. La aplicación del art. 5.2.a) no exige que entre los diversos imputados exista acuerdo. Se incluyen los casos de daños recíprocos. 3. La aplicación del art. 5.2.c) no requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación. La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser competencia del Tribunal del Jurado aquel cuya comisión facilita o cuya impunidad se procura. Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquel o lograr su impunidad fue alguno de los incluidos en el art. 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente. 4. El art. 5.3 al mencionar un solo hecho que pueda constituir dos o más delitos, incluye los casos de unidad de acción que causaren varios resultados punibles. 5. Se excluye el caso de la prevaricación, que nunca será competencia del Tribunal del Jurado. 6. En consecuencia, cuando no se aprecie ninguna de las finalidades previstas en el art. 5.2.c) o el delito fin no sea de los enumerados en el art. 1.2; no concurren las circunstancias de los apartados a) o b) del art. 5.2; no se trate de un caso de concurso ideal o de unidad de acción que causare varios resultados punibles; o, en cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continenencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial”.*

A pesar de lo extenso de este Acuerdo de 20 de enero que se acaba de transcribir, las dudas acerca de la conexión penal en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado no desaparecieron. Tan es así, que solo un mes más tarde,

con fecha 23 de febrero de 2010, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó un nuevo acuerdo, inspirado en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 2009³³, en el que se termina por concluir que cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el art. 1.2 LOTJ, es obligado tomar en consideración lo siguiente: *"1. La regla general es el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continencia de la causa. a) Se entenderá que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente. b) La analogía o relación entre varios hechos constitutivos de varios delitos, en ningún caso exige, por sí misma, el enjuiciamiento conjunto si uno o todos ellos son competencia del Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ). 2. La aplicación del art. 5.2.a) no exige que entre los diversos imputados exista acuerdo. Se incluyen los casos de daño recíproco. 3. La aplicación del art. 5.3.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación. La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura. Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquel o lograr su impunidad fue alguno de los incluidos en el art. 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente. Cuando existieren dudas acerca de cuál sea el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ), la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados. 4. El art. 5, al mencionar solo un hecho que pueda constituir dos o más delitos, incluye los casos de unidad de acción que causaren resultados punibles. 5. Se excluye el caso de prevaricación, que nunca será competencia del Tribunal del Jurado. 6. En consecuencia, cuando no se aprecie alguna de las finalidades previstas en el art. 5.2 c) o el delito fin no sea de los enumerados en el art. 1.2 (cuando hubiere dudas sobre cuál es el delito fin se atenderá al criterio de la gravedad); no concurren las circunstancias*

³³ STS núm. 758/2009 (Sala Segunda), de 26 de junio de 2009 (RJ. 2009/4314).

de los apartados a) o b) del art. 5.2; no se trate de un caso de concurso ideal o de unidad de acción; o, en cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial”.

Tras este acuerdo de febrero de 2010, en que se resalta la finalidad del autor como elemento básico, debiendo continuarse por la vía del Tribunal del Jurado o del procedimiento penal correspondiente, según que esta intención principal asociada al hecho justiciable sea competencia o no del Tribunal del Jurado³⁴; el día 20 de julio de 2010, el Pleno de la Sala Segunda del TS adoptó un nuevo acuerdo referido no solo a la irretroactividad de sus propios acuerdos (*“Los acuerdos adoptados en los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala que tengan por objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en vulneración de un derecho fundamental que fuere determinante para su nulidad”*), sino también a la delimitación del alcance del art. 456.2 LOPJ.

Todo este galimatías, propio de la delimitación competencial del Tribunal del Jurado, ha dado pie a la elaboración de una extensa jurisprudencia sobre la materia, en ocasiones dubitativa o contradictoria. Ello explica, precisamente, la reforma del tratamiento de la conexión penal mediante la Ley 41/2015 (art. 17 LECrim en relación con el art. 5 LOTJ); así como la conveniencia de que el Pleno de la Sala Segunda del TS, ya al hilo de la reforma de 2015, haya alcanzado un nuevo acuerdo no jurisdiccional orientado a revertir, en alguna medida, la “desertización” del Tribunal del Jurado, es decir, a ampliar el número de causas a tramitar bajo la regulación propia de este particular procedimiento penal especial³⁵.

De conformidad con este nuevo acuerdo, de 9 de marzo de 2017, de los hechos justiciables que se enumeran en el art. 1.2 LOTJ, siempre y solo conocerá

³⁴ Sobre este particular, véase: STS núm. 315/2011 (Sala Segunda), de 16 de abril de 2011 (RJ 2011/23465).

³⁵ LOMBARDERO MARTÍN, J.M. *La competencia del Tribunal del Jurado: breve análisis de la cuestión tras el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017*, op. cit., pág. 40; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., págs. 136-137.

el Tribunal del Jurado. Una interpretación no meramente retórica de este matiz bien pudiera conducir a estimar que los delitos recogidos en el art. 1.2 LOTJ nunca podrán ser atraídos, mediante otros hechos justiciables conexos, a la competencia de las correspondientes secciones penales de las Audiencias Provinciales. De este modo, si llegado el caso debe evitarse la ruptura de la continencia de la causa, la atribución de la competencia, a diferencia de lo que podía constatarse en el Acuerdo de 5 de febrero de 1999, lo será hacia el Tribunal del Jurado.

Si en el caso concreto hubiere de conocerse de varios hechos justiciables y todos ellos fueren competencia del Tribunal del Jurado se seguirá, por regla general, un procedimiento para cada uno de ellos, sin acumulación de causas. Con ello se trata de evitar que la justicia popular se vea abocada a bregar con macroprocesos de notable complejidad. Ahora bien, como excepción a esta regla general cabe señalar, por aplicación del vigente art. 17 LECrim, que dichos hechos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y prueba en conjunto de estos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que ello suponga una notable complejidad o dilación para el proceso.

También conocerá el Tribunal del Jurado de aquellas causas que pudieren seguirse por otros hechos justiciables cuya competencia no le esté en principio atribuida, en los casos en los que resulte ineludiblemente imputada la acumulación pero sean conexos. El Tribunal del Jurado será competente para conocer de otros hechos justiciables, diferentes de los contemplados en el art. 1.2 LOTJ, siempre que no sea posible romper la continencia de la causa y exista conexión en atención al juego combinado de los arts. 5 LOTJ y 17 LECrim. La procedencia de tal acumulación derivará de la necesidad de evitar la ruptura de la continencia de la causa, siendo lo cierto que dicha ruptura no existirá si es posible que respecto de alguno o algunos de los hechos justiciables pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y en relación a otros dicha resolución pueda tener un signo diferente (contradicción de sentencias).

Existirá conexión determinante de acumulación en los casos contemplados en el art. 5 LOTJ. Recogiendo lo que en su día constituyó la regla segunda del Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Penal del TS, de 23 de febrero de 2010, la aplicación del art. 5.2.a) no exige que entre los diversos imputados exista acuerdo y se incluyen los casos de daños recíprocos. En los casos del art. 5.2.a)

también concurre conexión conforme al nuevo número 6º del art. 17 LEcrim, cuando se trate de hechos justiciables cometidos por diferentes personas y se ocasionen lesiones o daños recíprocos³⁶. De igual forma, cuando se atribuyan a una sola persona varios hechos justiciables cometidos simultáneamente en unida temporal-espacial y uno de ellos sea competencia del Tribunal del Jurado, también se les considera delitos conexos por analogía con lo dispuesto en el art. 5.2 LOTJ, de tal forma que si bien deben enjuiciarse en un único procedimiento, lo cierto es que el Tribunal del Jurado, en una clara manifestación extensiva de su competencia, la mantendrá, en estos casos, sobre el conjunto delictivo.

En los casos de relación funcional entre dos hechos justiciables (para perpetrar, facilitar su ejecución o procurar su impunidad) si uno de ellos fuere competencia del Tribunal del Jurado y el otro no, por aplicación del at. 5.2 c) LOTJ se entenderá que existe conexión y que es el Tribunal del Jurado el llamado a conocer de dichos hechos justiciables conexos. De este modo, el Acuerdo de 9 de marzo de 2017 supone una modificación de la línea marcada por la regla tercera del Acuerdo de 23 de febrero de 2010, pues mientras en este último se requería que el hecho justiciable competencia del Tribunal del Jurado fuese el delito-fin a los efectos de que el TJ pudiera conocer de los delitos mediales conexos; en el Acuerdo de marzo de 2017 no se excluye el conocimiento del Tribunal del Jurado en aquellas situaciones en las que el hecho justiciable conexo de su competencia sea el delito medial y no el delito fin³⁷. En cualquier caso, en estas situaciones, la acumulación viene subordinada a una estricta interpretación del requisito relativo a evitar la ruptura de la continencia de la causa, especialmente cuando el hecho justiciable atribuido al Tribunal del Jurado es de escasa gravedad y, por el contrario, el que en principio no es de su competencia, resulta notoriamente más grave o bien es uno de los excluidos, por la propia naturaleza del hecho en cuestión, de su competencia.

³⁶ LOMBARDEO MARTÍN, J.M. *La competencia del Tribunal del Jurado: breve análisis de la cuestión tras el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017*, op. cit., pág. 38.

³⁷ LOMBARDEO MARTÍN, J.M. *La competencia del Tribunal del Jurado: breve análisis de la cuestión tras el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017*, op. cit., pág. 38; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015*, op. cit., pág. 139. En esta línea interpretativa resultan especialmente gráficas la STS (Sala Segunda), núm. 451/2017, de 21 de junio de 2017 (La Ley 84523/2017); y la STS (Sala Segunda) núm. 521/2017, de 6 de julio de 2017 (La Ley 91113/2017).

Tampoco será competencia del Tribunal del Jurado, aun cuando resulte conexo con otro hecho de apariencia delictiva que si lo fuere, el delito de prevaricación. Por el contrario, si podrá conocer el Tribunal del Jurado, de mediar conexión penal, del homicidio no consumado. En otro orden de cosas, por aplicación del art. 5.3 LOTJ, cuando un hecho justiciable pueda constituir dos o más delitos, será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su particular conocimiento. Si diversas acciones constituyen un delito continuado, la competencia, siempre que éste fuere de los atribuidos a su competencia, corresponderá también al Tribunal del Jurado.

A los efectos de lo dispuesto en el art. 17.2 LECrim se consideran conexos los diferentes hechos justiciables atribuidos a una misma persona y en los que concurra, además de analogía entre ellos, una relación temporal y espacial determinante de la ineludible necesidad de llevar a cabo su investigación y prueba en conjunto, aunque la competencia objetiva venga atribuida a órganos diferentes. En estos supuestos, si de uno de los hechos justiciables debiera conocer el Tribunal del Jurado habrá que estar a lo fijado en el apartado 5, párrafo segundo, del Acuerdo de 9 de marzo de 2017, de tal forma que cuando se atribuyan a una sola persona varios hechos justiciables cometidos simultáneamente en unidad temporal-espacial y uno de ellos sea competencia del Tribunal del Jurado, se considerarán conexos por analogía con lo dispuesto en el art. 5.2. LOPTJ. De este modo, ante la obligación de enjuiciarse en un único procedimiento, el Tribunal del Jurado mantendrá su competencia sobre el conjunto delictivo³⁸.

³⁸ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Conexión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Análisis tras su reforma por Ley 41/2015, op. cit.*, pág. 142.

EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN ESTADOS UNIDOS: ¿HACIA UN MODELO RESPETUOSO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS?

Carlos Vázquez González

Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología (UNED. Madrid)

I. INTRODUCCIÓN

Durante el Siglo XX y lo que llevamos del Siglo XXI, la justicia penal juvenil en Estados Unidos ha experimentado notables transformaciones y variaciones, no siempre en la misma dirección, oscilando entre medidas legislativas y judiciales en las que prevalece claramente un principio resocializador y rehabilitador, junto a otras en las que, por el contrario, su fundamento reside casi exclusivamente en la severidad del castigo para los delincuentes juveniles.

¡Luces y sombras! Como aspectos o elementos positivos, son dignos de mención, entre otros muchos, la creación en *Illinois*, en 1899, del primer Tribunal de Menores, así como que Estados Unidos es sin duda alguna el referente mundial en la investigación científica de la criminalidad, en la construcción de teorías criminológicas de la delincuencia y en el diseño, implementación y evaluación de programas de prevención de la delincuencia juvenil. En el otro lado de la balanza, como aspectos o elementos negativos se pueden citar, que siempre ha defendido una *concepción amplia o extensiva de la delincuencia* juvenil, donde tienen cabida, además de los menores que infringen las leyes penales, otras conductas que únicamente se castigan cuando son realizadas por menores de edad¹; que programas de prevención de la delincuencia juvenil como los *boot camp prisons*

¹ Llegando a la imposición de penas privativas de libertad a menores de edad por la comisión de *status offenses*, que se concretan en conductas consideradas desviadas o antisociales como el absentismo escolar, fugas del domicilio o el consumo de alcohol y drogas.

o campos militares (también conocidos como *shock incarceration programs*), o las llamadas experiencias de *scared straight*, pese a que su ineficacia como programas de prevención de la delincuencia juvenil, es un hecho contrastado, tras ser analizados y examinados mediante rigurosos métodos científicos de evaluación², siguen contando con un notable respaldo y apoyo gubernativo, popular y mediático; o que de forma constante y reiterada ha defendido y reivindicado el derecho a juzgar como adultos e imponer penas de adultos, por delitos cometidos siendo menores de edad.

Antes de entrar en materia, es preciso recordar que en Estados Unidos, al ser un Estado Federal, la competencia de la Administración de justicia de menores corresponde en exclusiva a cada uno de los Estados que lo integran, con la única reserva de las normas constitucionales federales proclamadas en *in re Gault*, de modo que la jurisdicción penal juvenil presenta diferencias notables en los 51 sistemas judiciales que operan en el ámbito estatal, variando en cuanto a la competencia por razón de la edad entre los diferentes Estados, aunque una amplia mayoría sitúa el límite mínimo, –por debajo del cual los menores gozan de una presunción absoluta de inimputabilidad, a cuyo tenor, ninguna persona puede ser responsable por una conducta criminal–, a la edad de diez años³, mientras que establece la mayoría de edad penal a los 18 años⁴.

² Como *The Maryland Scale of Scientific Methods*, elaborado por el Departamento de Criminología y Justicia Criminal de la Universidad de Maryland, o la iniciativa *Blueprints for Violence Prevention*, desarrollada por *the Center for the Study and Prevention of Violence (CSPV)*, de la Universidad de Boulder (Colorado). Vid. MACKENZIE, BRAME, McDOWALL & SOURYAL (1995); SHERMAN, GOTTFREDSON, MACKENZIE, ECK, REUTER & BUSHWAY (1998); HOWELL (2003); MEADE & STEINER (2010); SHERMAN (2012); PETROSINO, TURPIN-PETROSINO, HOLLIS-PEEL & LAVENBERG (2013); o VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2019).

³ Por debajo de esa edad varios Estados la han fijado en 7 años y *Carolina del Norte* en 6 años.

⁴ En 39 Estados y en el distrito de *Columbia*, el tribunal juvenil (*juvenile court*) tiene competencia sobre los menores de 18 años, en 7 Estados (*Georgia, Illinois, Louisiana, Massachusetts, Missouri, Carolina del Sur y Texas*) el límite máximo de edad se sitúa a los 16 años, y en otros tres Estados (*Connecticut, Nueva York y Carolina del Norte*), el límite máximo de edad competencia de los tribunales juveniles queda fijado en 15 años.

II. EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN ESTADOS UNIDOS

Evolución de la justicia penal de menores norteamericana	
1899	Se constituyó en el Condado de Cook (Chicago – Illinois) el primer Tribunal de Menores.
1907	Concepto amplio o extensivo de la delincuencia juvenil regulado por el Estatuto de Illinois.
1944	G.J.S., un afroamericano de 14 años, se convirtió en junio de 1944 en la persona más joven en ser ejecutada legalmente en Estados Unidos en el S. XX.
1950	El Congreso aprueba la <i>Youth Correction Act</i> (Ley de Correcciones Juveniles) que implementaba un sistema de tratamiento y rehabilitación de menores infractores que, entre otros aspectos, otorgaba a los jueces una mayor flexibilidad en la elección de las penas a imponer a los delincuentes juveniles condenados.
1966	<i>Kent v. United States</i> , nº 104, 383 U.S. 541 (1966).
1967	<i>In re Gault</i> , nº 116, 387 U.S. 1 (1967). El caso <i>Gault</i> , recoge los derechos y garantías básicos para la celebración de un juicio justo (<i>due process</i>), acorde a la <i>Quinta Enmienda</i> de la Constitución.
1968	Aprobación del <i>Juvenile Delinquency Prevention and Control Act</i> (Ley de Prevención y Control de la Delincuencia Juvenil), exhortando a los Estados a crear programas de prevención y rehabilitación de la delincuencia juvenil.
1970	<i>In re Winship</i> , nº 778, 397 U.S. 358 (1970). El Tribunal Supremo estableció que los cargos penales contra los jóvenes deben probarse “más allá de una duda razonable”.
1971	<i>McKeiver v. Pennsylvania</i> , nº 322, 403 U.S. 528 (1971). El Tribunal Supremo en esta sentencia decretó que los menores no deben ser juzgados en los procedimientos judiciales por un jurado popular.
1972	<i>Furman v. Georgia</i> , nº 408, U.S. 238 (1972). En esta sentencia, el Tribunal Supremo suspendió todas las ejecuciones de los condenados a la pena de muerte y declaró la inconstitucionalidad de las leyes federales y estatales relativas a la pena de muerte por arbitrarias.
1974	El Congreso aprueba la <i>Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act</i> , (JJDPa) o Ley de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia Juvenil, promulgada para proporcionar asistencia federal a los programas de justicia de menores a nivel estatal. El Congreso ha reformado en varias ocasiones la JJDPa, la última de ellas en 2002.
1975	<i>Breed v. Jones</i> , nº 73, 421 U.S. 519 (1975).

1976	<i>Gregg v. Georgia</i> , nº 428 U.S. 153 (1976). <i>Proffitt v. Florida</i> , nº 428, U.S. 342 (1976). <i>Jurek v. Texas</i> , nº 428, U.S. 262 (1976). Constitucionalidad de la pena de muerte.
1985	<i>New Jersey v. TLO</i> , nº 469 U.S. 325 (1985).
1988	El Tribunal Supremo, en <i>Thompson v. Oklahoma</i> , nº 487 U.S. 815 (1988), concluyó que la <i>Octava Enmienda</i> a la Constitución prohibía la aplicación de la pena de muerte a las personas menores de 16 años en el momento de la comisión del delito.
1989	En <i>Stanford v. Kentucky</i> , nº 492 U.S. 361 (1989), el Tribunal Supremo declaró que la imposición de la pena capital a jóvenes de 16 y 17 años, en el momento de la comisión del delito, no violaba las disposiciones constitucionales.
1989	<i>Penry v. Lynaugh</i> , nº 492 U.S. 302 (1989). El Tribunal Supremo declaró que la imposición de la pena de muerte a personas con retraso mental no suponía una violación de la <i>Octava Enmienda</i> .
1992	Ratificación del <i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i> (PIDCP) de 1966, con una reserva sobre la pena de muerte para delincuentes menores de 18 años.
1994	Se promulgó una nueva ley federal, la <i>Violent Crime Control and Law Enforcement Act</i> (Ley de Control de Delitos Violentos). Esta ley permitió que niños de tan solo 13 años de edad fueran procesados como adultos en los tribunales federales cuando fueran acusados de cometer delitos graves, autorizando, a su vez, la financiación pública para los <i>boot camps</i> y fomentando la privatización de los servicios de justicia penal.
2002	<i>Atkins v. Virginia</i> , nº 536 U.S. 304 (2002). Prohibición de la imposición de la pena de muerte a personas con discapacidad intelectual.
2002	<i>M. Domingues v. United States</i> (Causa 12.285, Informe n. 62/02, de 22 de octubre de 2002). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, falló contra Estados Unidos por la condena a muerte en el Estado de Nevada de M. Domingues, por delitos cometidos en 1993, cuando tenía 16 años.
2003	<i>Prison Rape Elimination Act</i> of 2003. La Ley de Eliminación de Agresiones Sexuales en Prisión, exigió que los jóvenes de 17 años fueran separados de los reclusos adultos.
2005	El Tribunal Supremo, en <i>Roper v. Simmons</i> , nº 534 U.S. 25 (2005), sentenció que la pena de muerte para menores de 18 años era inconstitucional.
2008	Promulgación de la <i>Second Chance Act</i> (Ley de Segunda Oportunidad), que fomenta un sistema de financiación para que los Estados y las comunidades ayuden a los jóvenes encarcelados o liberados a reinserirse en la sociedad.
2010	En <i>Graham v. Florida</i> , nº 560 U.S. (2010), el Tribunal Supremo prohíbe la pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional para menores de 18 años en aquellos casos en los que no se impute un delito de homicidio o asesinato.

2012	En <i>Miller v. Alabama</i> , nº 567 U.S. 460 (2012), el Tribunal Supremo prohíbe la sentencia a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional para todos los menores de 18 años, independientemente del delito cometido.
2016	En <i>Montgomery v. Louisiana</i> , nº 577 U.S. (2016), el Tribunal Supremo, dispuso que su decisión en <i>Miller v. Alabama</i> , que anulaba las condenas a cadena perpetua obligatoria sin libertad condicional para los menores de 18 años, debía aplicarse con carácter retroactivo.

Fuente: Elaboración propia. Adaptado de Lyons (2015).

1. Siglo XX. Años 60 y 70

Las transformaciones sociales y culturales producidas tras la finalización de la 2ª guerra mundial y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, provocaron un cambio en el estatus social del niño, siendo una de sus consecuencias un nuevo enfoque de la legislación penal de menores, abandonando el sistema protector o tutelar vigente hasta la fecha.

A grandes rasgos, la idea predominante en esta época es que el Derecho penal solamente intervenga en aquellos delitos cometidos por los jóvenes, que sean verdaderamente graves y siempre desde la órbita de la rehabilitación y de la prevención especial, que debe ser el criterio rector en el campo de la delincuencia juvenil⁵. Comprobada la nocividad de la intervención del sistema penal en los jóvenes (estigmatización), se busca, en consecuencia, articular respuestas no oficiales, al margen del sistema legal y judicial (*diversion*), sobre todo para solucionar los conflictos de escasa relevancia o gravedad, que son los más frecuentes. Y, en aquellos casos que por la gravedad del hecho, sea necesaria la incoación del proceso penal, éste debe conducirse bajo el estricto cumplimiento de los derechos y garantías procesales, inherentes a toda persona (*Due Process*).

Importante trascendencia en esta evolución legislativa tuvieron una serie de sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos otorgando a los menores

⁵ Como estableció el Tribunal Supremo en *Kent v. United States*, nº 104, 383 U.S. 541 (1966), los objetivos del sistema de justicia juvenil son proveer guías y medidas de rehabilitación para el niño y la protección de la sociedad, no establecer responsabilidades penales, culpas o castigos.

unos “derechos” durante el proceso penal, de los que carecían hasta ese momento⁶. El asunto más paradigmático, el caso *Gault*, sirvió para instaurar a nivel federal una serie de derechos en todos aquellos procesos que pudieran acarrear la privación de libertad del menor, entre los que sobresalen, entre otros, el derecho a conocer los motivos de la acusación, el derecho a la presunción de inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad, el derecho a la asistencia legal por un abogado, el derecho a no declarar contra sí mismo, inmunidad frente a la autoincriminación, etcétera⁷.

2. Finales del S. XX. Políticas de tolerancia cero

Por diferentes motivos, en cuyo análisis no podemos detenernos⁸, en los años 80 y 90 del siglo pasado se produjo un desmesurado incremento de la alarma social y del miedo al delito en la población, que como un clamor procedió a reclamar respuestas penales más represivas y punitivas contra la delincuencia juvenil. En Estados Unidos, tras un amplio debate social sobre la conveniencia de abolir el sistema de justicia juvenil⁹, –impulsado por algunos prestigiosos penalistas y criminólogos¹⁰, partidos políticos, grupos de poder y medios de comunicación–, se impuso una corriente claramente populista, neo-conservadora y neo-liberal en la política criminal juvenil¹¹, que defendía el recurso a medidas de mediación-reparación (*diversion*) para la delincuencia juvenil leve o de escasa gravedad (*status offenders*) y la remisión del resto de la delincuencia juvenil al sistema de justicia penal de adultos¹², pese a que las estadísticas oficiales de

⁶ *In re Gault*, nº 116, 387 U.S. 1 (1967); *In re Winship*, nº 778, 397 U.S. 358 (1970); *McKeiver v. Pennsylvania*, nº 322, 403 U.S. 528 (1971); y *Breed v. Jones*, nº 73, 421 U.S. 519 (1975).

⁷ Acerca de la implantación del *Due Process* en Estados Unidos, vid. BINDER, GEIS & BRUCE Jr. (2001: 221 y ss., sobre todo 223 y 224).

⁸ Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2006). VÁZQUEZ GONZÁLEZ y LUACES GUTIÉRREZ (2008). CIDH (2018).

⁹ Vid. MYERS (2003: 173 y 174). Von HIRSCH (2001: 222 y 233).

¹⁰ KELLING & WILSON (1982). Sobre todo, FELD (1993a: 197 a 267); (1993b: 403 a 424); (1998: 68 a 136); (1999a: 287 a 330); (1999b: 342, 356 a 367).

¹¹ Así, WACQUANT (2012).

¹² Vid. MEARS (2002: 6 a 19). MERLO & BENEKOS (2003: 276, 277 y *passim*). MOAK & HUTCHINSON WALLACE (2003: 289 a 299).

la época no mostraban un aumento de la delincuencia juvenil, ni una mayor gravedad en sus delitos¹³.

En Estados Unidos, aunque los menores que entran en conflicto con la ley suelen incorporarse al sistema de justicia juvenil, todos los Estados cuentan con algún mecanismo que permite o exige la transferencia de jóvenes delincuentes a la jurisdicción penal de adultos, donde son juzgados y procesados como adultos, reciben penas de adultos, e ingresan en prisiones de adultos. Aforismos como *"If you're old enough to do the crime, you're old enough to do the time"*, o variaciones del tipo de *"Do adult crime, do adult time"*, *"Do the crime, do the time"*, o *"If they are going to act like adults, treat them as adults"*¹⁴, esto es, que si actúas como un adulto al cometer un delito, deberás ser tratado y castigado como un adulto; se convirtieron en la piedra angular de la nueva filosofía que impregna el tratamiento de la delincuencia juvenil en Estados Unidos a finales del S. XX. Es por ello, que no debe extrañar que una de las medidas más utilizadas como parte de la política de *zero tolerance* contra la delincuencia juvenil, fuera la posibilidad de transferir a determinados delincuentes juveniles, del sistema de justicia juvenil al sistema de justicia penal de adultos, ya sea rebajando la edad que determina cuando un menor puede ser juzgado como un adulto¹⁵ o ampliando la lista

¹³ Las estadísticas del FBI en relación al porcentaje de detenidos menores de 18 años (10-18) sobre el total, muestran que mientras en 1994, el porcentaje fue del 18.5%, en el año 2000, disminuyó hasta el 16.9%, y siguió disminuyendo en los años siguientes. Este descenso también se observa con claridad al comparar las cifras relativas al volumen total de menores de 18 años detenidos. Vid. PUZZANCHERA *et al.* (2006). SNYDER & SICKMUND (2006: 127).

¹⁴ Vid, HOWELL (2003: 28).

¹⁵ A finales del S. XX, más de la mitad de los Estados permitían que los niños de 12 años o más fueran transferidos a los tribunales para adultos (por ejemplo, en *Connecticut*, *Carolina del Norte* y *Nueva York* los niños mayores de 15 años eran procesados como adultos); niños de tan solo 10 años de edad podían ser juzgados como adultos en la mayoría de los Estados cuando eran acusados de delitos graves como homicidio o asesinato (por ejemplo, en *Wisconsin*) y en 23 Estados, niños, incluso de siete años, podían ser procesados y juzgados en tribunales para adultos. Algunos Estados fueron incluso más allá y no establecieron una edad mínima para poder transferir a los menores de edad al sistema de justicia penal para adultos (en los Estados de *Alaska* y *Washington*, los jueces de menores podían transferir al tribunal penal ordinario a un menor de cualquier edad y por cualquier delito). Vid. LYONS (2015). CIDH (2018).

de delitos, por los que la Fiscalía puede transferir directamente al menor a la jurisdicción penal de adultos¹⁶.

Aunque la mayoría de los Estados contaban con leyes sobre la confidencialidad y privacidad de los registros judiciales penales juveniles (detención, sentencias condenatorias y antecedentes penales)¹⁷, a finales de la década de 1970, el Tribunal Supremo estableció en dos resoluciones que los Estados no pueden impedir la publicación por los medios de comunicación, de los nombres de menores de edad detenidos o enjuiciados, cuando esa información se haya obtenido legalmente¹⁸, y a medida que la preocupación por la delincuencia juvenil se disparó en los años 80 y 90, comenta LYONS (2015), que esas normas sobre la confidencialidad comenzaron a desaparecer. Durante los años ochenta, con el apoyo del Departamento Federal de Justicia (*U.S. Department of Justice*), la mayoría de las ciudades norteamericanas establecieron registros computerizados llamados “*SHODI youths*” (*serious and habitual offender/drug infraction*), donde se registran los datos de los jóvenes considerados delincuentes reales o potenciales¹⁹. En 1994, el Congreso aprobó la *DNA Identification Act*, para sustituir los clásicos registros policiales basados en las huellas dactilares y las fotos

¹⁶ Entre 1992 y 1995, se aprobaron ininidad de normas que ampliaron dichas disposiciones de transferencia a la justicia penal ordinaria en 40 Estados y en el Distrito de *Columbia*. CIDH (2018: 32).

¹⁷ LYONS (2015).

¹⁸ *Oklahoma Publishing Co. v. District Court, Oklahoma City*, nº 430 U.S. 308 (1977), [Nº 76-867, de 7 de marzo de 1977]. El Tribunal Supremo revocó una orden judicial previa al juicio que prohibía a los medios de comunicación difundir el nombre de un niño de 11 años acusado de asesinato, aunque su identidad había sido obtenida legalmente en una audiencia abierta al público y a la prensa, al considerar que la orden violaba el derecho a la libertad de prensa. *Smith v. Daily Mail Publishing Company*, nº 443 U.S. 97 (1979), [Nº 78-482, discutido el 20 de marzo de 1979, decidido el 26 de junio de 1979]. El Estado no puede, de conformidad con la *Primera* y *Decimocuarta Enmiendas*, castigar la publicación del nombre de un presunto delincuente juvenil obtenido legalmente por un medio de comunicación. El interés estatal declarado en proteger el anonimato del delincuente juvenil para facilitar su rehabilitación no puede justificar la imposición de sanciones penales por la publicación del nombre de un menor obtenido legalmente.

¹⁹ WACQUANT (2012). Las restricciones al derecho a la intimidad y a la privacidad de los menores de edad, no sólo se produjo respecto de los menores infractores, sino que el Tribunal Supremo, en sentencias como la de *New Jersey v. TLO*, nº 469 U.S. 325 (1985), permitió un control más estricto sobre los estudiantes al defender la legalidad de los registros de sus taquillas y pertenencias, en aquellos casos en los que existieran “motivos razonables” de que habían infringido o violado las normas escolares.

antropométricas, por bases de datos informatizadas mucho más completas, precisas y fiables que contienen las huellas digitales genéticas de las personas detenidas por la policía y condenadas por los tribunales²⁰.

Durante la década de los noventa, casi todos los Estados modificaron su legislación en aras a conseguir un sistema de justicia juvenil más punitivo, en el que con mayor frecuencia los jóvenes delincuentes fueron juzgados como adultos por tribunales penales ordinarios; se intensificaron las condenas de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional (*life without parole* o LWOP), incluso para jóvenes delincuentes menores de 16 años en el momento de la comisión del delito; y se incrementó la aplicación de la pena capital por delitos cometidos antes de alcanzar la mayoría de edad²¹.

III. SIGLO XXI. HUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE MENORES

En una serie de resoluciones judiciales emitidas a comienzos del S. XXI, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, ha abandonado los precedentes judiciales que habían conformado una línea jurisprudencial consolidada sobre las penas más severas susceptibles de imposición a los jóvenes infractores, adoptando una nueva interpretación sobre el contenido de la *Octava*²² y de la *Decimocuarta*²³

²⁰ Así, por ejemplo, los Estados de *Maine* y *Virginia* cuentan con un registro de muestras de ADN de delincuentes juveniles. Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2019: 393).

²¹ Vid. MUNCIE (2004: 157). En palabras de BARTOLLAS (1996: 313), “El sistema de justicia juvenil está actualmente girando en dirección hacia el sistema de adultos como no lo había hecho desde que se fundó el primer Tribunal juvenil a finales del siglo pasado. Los delincuentes juveniles están siendo tratados como adultos por los Tribunales de justicia y sentenciados a prisión como adultos. Los jóvenes han sido también sentenciados a pena de muerte y ejecutados”.

²² La *Octava Enmienda* de la Constitución dispone que “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*” (no se exigirán fianzas ni multas excesivas, ni tampoco deberán infligirse castigos crueles o inusuales). Según la nueva interpretación, la *Octava Enmienda* prohíbe no solo lo que se consideraba cruel en el siglo XVIII (las diez primeras enmiendas (*Bill of Rights*) fueron ratificadas el 15 de diciembre de 1791), sino cualquier castigo que desafíe los estándares sobre la crueldad o inhumanidad de las penas según las costumbres sociales de cada época.

²³ La *Decimocuarta Enmienda* incorporada a la Constitución el 9 de julio de 1868, incluye la *Cláusula del debido proceso* y la *Cláusula de protección igualitaria*, entre otras, al disponer que: “Ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites juris-

Enmienda de la Constitución, al entender que una pena es considerada inconstitucional no sólo cuando supone un castigo cruel e inusual, por ser desproporcionada en relación al crimen cometido, sino también cuando se impone de forma arbitraria o discriminatoria.

1. Pena de muerte para delincuentes menores de edad

Estados Unidos, es junto a Somalia, el único país que no ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989, al considerar que la prohibición de la pena capital por delitos cometidos siendo menores de edad, recogida en el art. 37, se oponía a su legislación penal; cuando en 1992 ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, formuló una reserva en la que reivindicaba “el derecho a imponer la pena de muerte (...) por delitos cometidos por personas menores de 18 años”; y por idénticos motivos, aunque es miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), y en 1977 firmó la adhesión a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), todavía no ha procedido a su ratificación²⁴.

Sin embargo, pese al apoyo popular que goza la pena capital, sobre todo entre los sectores más conservadores de la sociedad de los Estados sureños, la imposición de esa pena no era ni mucho menos generalizada, ya que más de la mitad de los 30 Estados que todavía mantienen la pena de muerte en su legislación penal excluían su aplicación a los menores de edad al tiempo de la comisión del delito y entre los que permitían imponer la pena capital por delitos cometidos antes de cumplir los 18 años, sólo tres Estados (*Oklahoma, Texas y Virginia*) han ejecutado a delincuentes juveniles desde el año 2000²⁵.

dicionales la misma protección de las leyes”. El Tribunal Supremo ha interpretado la cláusula de igual protección de la *Decimocuarta Enmienda* en el sentido de que debe tratarse de la misma manera a las personas que se encuentran en situación similar, prohibiendo a los gobiernos adoptar distinciones legales injustificables en función del grupo de personas al que pertenezcan.

²⁴ Al formular reservas al art. 4.5 (No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad) y al art. 5.5 (Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados), de la CADH.

²⁵ Vid. Al (2018). Una tabla sobre las ejecuciones de menores de 18 años en el momento del delito, desde 1990 a 2018, por países, en VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2019: 471).

Las políticas orientadas hacia la reeducación y resocialización de los menores infractores, avaladas por una serie de relevantes decisiones del Tribunal Supremo Federal, se han mostrado determinantes para reconocer que los jóvenes no son iguales que los adultos y, por lo tanto, requieren un tratamiento penal diferente²⁶. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos ha ido evolucionando, paso a paso, muy lentamente y no sin conflictos y disensiones, hasta llegar por fin a la abolición de la pena de muerte para menores de 18 años en el momento de la comisión del delito.

En 1988, en *Thompson v. Oklahoma*, el Tribunal Supremo sentenció que imponer una pena de muerte a un delincuente por un delito cometido cuando tenía 15 años, vulneraba la protección constitucional contra las penas crueles e inhumanas, concluyendo que la *Octava Enmienda* a la Constitución prohibía la aplicación de la pena de muerte a las personas menores de 16 años en el momento de comisión del delito²⁷. Sin embargo, tan sólo un año después, el mismo Tribunal, en *Stanford v. Kentucky*, declaró que la imposición de la pena capital a jóvenes de 16 y 17 años, en el momento de la comisión del delito, no infringía las disposiciones constitucionales. Concretamente, dictaminó que la imposición de la pena capital a un individuo por un crimen cometido a la edad de 16 o 17 años, no constituye una pena cruel e inhumana, prohibida por la *Octava Enmienda*, siendo uno de los fundamentos en que se basó la sentencia que no había indicios suficientes en forma de legislación estatal que indicaran que existía un “consenso nacional” contra la ejecución de delincuentes menores de 18 años en el momento de la comisión del delito²⁸.

A comienzos del Siglo XXI, iniciando un nuevo rumbo o cambio de orientación, el Tribunal Supremo decidió en *Atkins v. Virginia*, que la *Octava* y la *Decimocuarta Enmienda* de la Constitución prohibían la ejecución de personas diagnosticadas con discapacidades intelectuales²⁹, que les impidieran comprender la gravedad de su crimen o del castigo impuesto.

²⁶ Vid. BENEKOS & MERLO (2019).

²⁷ *Thompson v. Oklahoma*, nº 487 U.S. 815 (1988).

²⁸ *Stanford v. Kentucky*, nº 492 U.S. 361 (1989).

²⁹ *Atkins v. Virginia*, nº 536 U.S. 304 (2002). Anteriormente, el Tribunal Supremo decidió en *Penry v. Lynaugh*, nº 492 U.S. 302 (1989) que ejecutar a personas con retraso mental no suponía una violación de la *Octava Enmienda*. El retraso mental debía ser considerado únicamente, por el jurado, como una circunstancia de atenuación de la pena.

Finalmente, en la trascendental sentencia *Roper v. Simmons*, el Tribunal Supremo, decidió, el 1 de marzo de 2005, en una ajustada votación (5 votos a favor y 4 en contra), que la imposición de la pena capital por delitos cometidos cuando se es menor de 18 años, es una pena desproporcionada, y por tanto prohibida por la *Octava* y la *Decimocuarta Enmienda*³⁰. El texto de la resolución judicial aborda un análisis de la *Octava Enmienda* constitucional, que proscribe la “*imposición de sanciones excesivas o penas crueles y desproporcionadas*”, rechazando las tesis originalistas defensoras de una interpretación gramatical de las normas según el sentido de las expresiones utilizadas por el legislador, y decantándose por una interpretación teleológica en la que prevalece la defensa de los valores que la ley persigue, haciendo referencia expresa a que la evolución de la sociedad y de las costumbres, inevitablemente debe tener su reflejo a la hora de interpretar las normas vigentes.

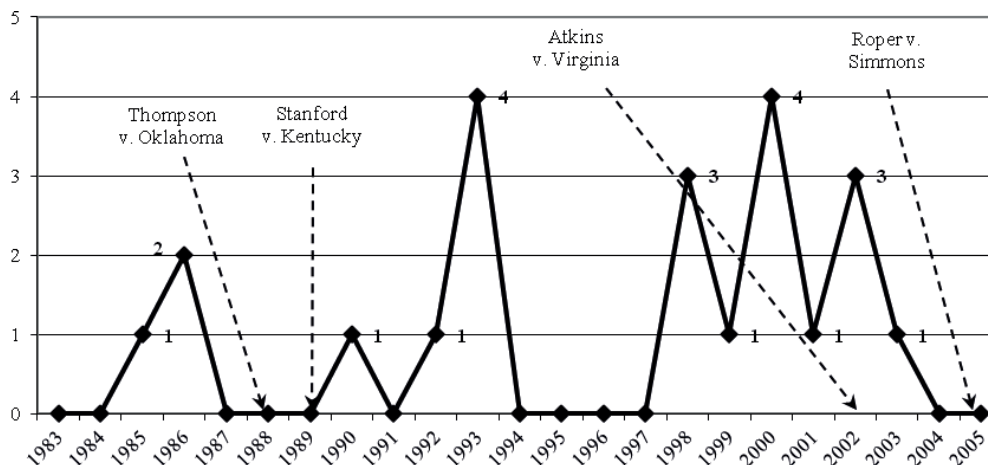
El Tribunal Supremo norteamericano basó su decisión, principalmente en los siguientes argumentos: (1) que los menores de edad son personas más inmaduras e irresponsables, y más vulnerables e impulsivas, por lo que no tienen ni deben de tener el mismo grado de culpabilidad que un adulto, de modo que si la reprochabilidad de los menores es inferior, merecen en menor medida ser sancionados con las penas más severas; (2) que en estos casos, ni fines preventivo generales (intimidación) ni retributivos, otorgan una adecuada justificación para la imposición de la pena capital a personas que por su edad tienen una mayor capacidad para rehabilitarse; (3) que está prohibida en la mayoría de los Estados, lo que implica un cierto consenso a nivel nacional; (4) que en el Derecho comparado internacional se observa una tendencia a la abolición de la pena de muerte, en general y una disminución de las ejecuciones juveniles³¹; y (5) lo que sin duda debió inclinar la balanza en la decisión de los Jueces: “que Estados Unidos es el único país en el mundo [occidental] que continua manteniendo oficialmente la pena capital para jóvenes”.

³⁰ *Roper v. Simmons*, nº 534 U.S. 25 (2005). “*The Eight and Fourteenth Amendments forbid imposition of the death penalty on offenders who were under the age of 18 when their crimes were committed*”.

³¹ Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2019: 470-472).

Desde que en 1977 se reintrodujo la pena de muerte en Estados Unidos³², hasta que en 2005 se abolió por el Tribunal Supremo la pena capital para los menores de edad, 22 jóvenes delincuentes menores de 18 años en el momento de la comisión del delito, fueron condenados a la pena capital y ejecutados³³.

Sentenciados a pena de muerte y ejecutados en EE.UU. por delitos cometidos siendo menores de 18 años



2. Transferencia de delincuentes juveniles a la jurisdicción penal de adultos

Ya hemos mencionado anteriormente que en Estados Unidos, aunque los menores que entran en conflicto con la ley suelen derivarse al sistema de justicia juvenil, todos los Estados cuentan con herramientas legales que les permiten o exigen la transferencia de jóvenes delincuentes a la jurisdicción penal de adultos, donde son juzgados y procesados como adultos, reciben penas de adultos, e incluso ingresan en prisiones de adultos.

³² El Tribunal Supremo decidió en *Gregg v. Georgia*, nº 428 U.S. 153 (1976), en una decisión histórica, que los nuevos estatutos de la pena de muerte (regulados por los Estados de *Georgia*, *Florida* y *Texas*) eran constitucionales, restableciendo la pena de muerte en los Estados Unidos, que había sido suspendida a nivel estatal y federal en *Furman v. Georgia*, nº 408 U.S. 238 (1972). En esa misma sentencia, también consideró que la pena de muerte en sí misma era constitucional bajo la *Octava Enmienda*.

³³ SNYDER & SICKMUND (2006: 239 y 240). PAKES (2004: 132, tabla 7.4). AI (2018).

Para lograr este propósito el legislador ha utilizado diversos mecanismos jurídicos: (1) *judicial o discretionary waiver*, en el que se otorga un poder discrecional a los Tribunales de menores para transferir a la jurisdicción penal ordinaria a los menores que consideren oportuno. Estas leyes de "renuncia judicial", conceden a los Jueces de Menores la potestad de renunciar a su jurisdicción y ordenar el traslado de la causa a un Tribunal penal ordinario en función de cada caso, basándose en normas regladas que suelen tener en cuenta la naturaleza del delito y las circunstancias atenuantes o agravantes aplicables al menor acusado; (2) *prosecutorial waiver*, donde es el Ministerio Público el que elige en determinados supuestos, donde se ha reglamentado una concurrencia de jurisdicciones entre la justicia juvenil y la de adultos, ante cuál de ellas acusa al menor; (3) *statutory exclusion*, donde el legislador tipifica qué delitos serán competencia de los tribunales ordinarios y cuáles de los tribunales juveniles, excluyendo también de la jurisdicción juvenil a jóvenes de cierta edad que cometan determinados delitos (por ejemplo: jóvenes mayores de 14 años que cometan delitos utilizando la violencia), de modo que en esos supuestos legalmente tasados la causa ya se inicia directamente ante un Tribunal penal ordinario³⁴; (4) las cláusulas "una vez adulto, ya siempre adulto", según las cuales un menor de edad que ha sido juzgado anteriormente como adulto, automáticamente será procesado en un tribunal para adultos por subsecuentes infracciones a la ley penal; (5) por último, algunos Estados han optado por la posibilidad de que el Tribunal de menores pueda imponer una pena juvenil o una pena de adultos, ambas, o una pena de mayor duración, sistema conocido como *blended sentencing o blended jurisdiction*³⁵.

³⁴ El asesinato, es junto con las agresiones contra la libertad sexual, los delitos que se suelen excluir con mayor frecuencia de la jurisdicción de los tribunales de menores (por ejemplo, en *Georgia*, cualquier joven de más de 13 años es remitido a los tribunales penales ordinarios si es acusado de homicidio, asesinato intencional sin premeditación, sodomía con agravante de violación, abuso sexual de menores con agravantes, agresiones sexuales agravadas o asalto a mano armada cometido con arma de fuego).

³⁵ Un análisis de las previsiones de transferencias estatales observó que la renuncia discrecional (*discretionary waiver*) existe en 46 Estados; la exclusión establecida (*statutory exclusion*) en 28 Estados; las cláusulas "una vez adulto, ya siempre adulto", en 31 Estados; el expediente directo (*direct file*) por parte de la acusación en 15 Estados; la llamada renuncia "de presunción rebatible" (*rebuttable presumption waiver*) en 15 Estados; y la renuncia obligatoria (*mandatory waiver*) en 14 Estados. HARRIS, WELSH & BUTLER (2006). La CIDH (2018: 9 y 10), estimó que 200.000 niños y adolescentes en conflicto con la ley son juzgados anualmente ante tribunales penales para adultos.

Esta opción, además de violar el derecho de los menores de edad a ser juzgados por un sistema de justicia penal juvenil especializado, implica que la duración máxima de la pena privativa de libertad impuesta a un delincuente juvenil, sea mucho más elevada en aquellos sistemas de justicia penal juvenil que permiten la transferencia de los infractores menores de edad a la jurisdicción penal ordinaria. Así, en aquellos Estados norteamericanos, donde los menores de edad pueden ser juzgados por tribunales para adultos, no se faculta a los jueces para considerar la edad del niño en el momento de determinar la duración de la condena a una pena privativa de libertad, y en ninguna fase del proceso se permite que el juez valore las circunstancias familiares, personales, educativas o un posible historial de abusos del menor infractor; factores que, de tomarse en consideración, aconsejarían firmemente la imposición de una pena menos severa.

Además, como consecuencia de la transferencia de los delincuentes juveniles a la jurisdicción penal de adultos, aunque la Ley de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia (*Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act*), en su texto revisado de 2002, establece que los niños no deben ser reclusos en centros penitenciarios junto a los adultos³⁶, sus disposiciones no se aplican a los niños y adolescentes transferidos al sistema penal de adultos, de modo que los Estados no están legalmente obligados a separar a los jóvenes de los adultos, dentro de los establecimientos penitenciarios ordinarios³⁷.

3. Imposición de una pena de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional a menores de edad

Pese a que la abolición de la pena de muerte a infractores menores de edad en el momento de la comisión del delito ha marcado un hito en la justicia penal juvenil en Estados Unidos, este país seguía incumpliendo gravemente el art. 37 CDN, debido a las leyes que permiten imponer una pena de prisión perpetua sin

³⁶ Excepto durante un lapso de tiempo restringido antes o después del juicio, en áreas rurales sin acceso a centros juveniles o cuando las condiciones para su traslado no sean seguras, añadiendo que incluso en estos casos excepcionales, los niños deben estar separados de los adultos.

³⁷ Vid. CIDH (2018: 11).

posibilidad de acceso a la libertad condicional (*life without parole*), por delitos cometidos siendo menores de edad³⁸.

Las normas relativas al traslado preceptivo de la causa y a la condena preceptiva constituyen conjuntamente un cúmulo de factores desfavorables para los menores, ya que en un primer momento exigen que el menor sea juzgado por un tribunal penal ordinario cuando se le acusa de cometer un determinado delito, y después, si es declarado culpable en el sistema penal de adultos, establecen que el juez debe condenar al menor a la pena de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional. En Estados Unidos, las personas condenadas a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional por un delito cometido antes de cumplir 18 años, en todos los casos, les fue impuesta esa pena al ser juzgadas como adultos, nunca al ser juzgadas por un Tribunal de Menores.

Según un informe publicado en 2011 por Amnistía Internacional, en Estados Unidos había más de 2.500 personas condenadas a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional por delitos de asesinato en primer grado o por homicidio preterintencional³⁹, cometidos cuando tenían menos de 18 años; llegándose a imponer esta pena a personas que tan sólo tenían 11 años en el momento de la comisión del delito.

³⁸ Además de Estados Unidos, existen otros 10 países en los que su legislación permite condenar a menores a cadena perpetua sin posibilidad de libertad, pero no se tiene constancia de ningún caso en que se haya aplicado. Vid. AI (2011).

³⁹ La norma del homicidio preterintencional sostiene que si se produce una muerte durante la comisión de un delito grave, la persona o las personas responsables de dicho delito pueden ser acusadas de asesinato. Por ejemplo, la legislación de *Carolina del Norte* define el homicidio preterintencional como “asesinato [...] cometido durante la perpetración o el intento de perpetración de un robo [...] u otro delito grave cometido en grado de consumación o de tentativa, en el que se haya utilizado un arma que pueda causar la muerte”. En *California*, el homicidio en circunstancias especiales, automáticamente implica una sentencia de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, excepto si existe una buena razón para imponer en su lugar una sentencia de 25 años. En otros Estados, el homicidio perpetrado integrando o perteneciendo a una banda es una circunstancia que genera una sentencia presuntiva de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional. Adicionalmente, los menores que no cometen ellos mismos el homicidio, pero son cómplices o instigadores del mismo, también pueden verse sujetos a sentencias de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional en algunos Estados norteamericanos.

En 2010, el Tribunal Supremo dio un paso adelante para que EE.UU., actúe conforme al Derecho Internacional en esta cuestión. En la causa *Graham v. Florida*⁴⁰, consideró que la imposición de una pena de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional por un delito sin resultado de muerte cometido por una persona menor de 18 años constituye una pena “cruel e inhumana” que contraviene la *Octava Enmienda* a la Constitución. El Tribunal estimó que “un menor no puede quedar exento de responsabilidad por sus acciones, pero, desde un punto de vista moral, su transgresión no es tan reprobable como la de un adulto”, para afirmar seguidamente que la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional “es la segunda pena más severa que permite la ley” y que, de hecho, comparte algunas características con la primera, la pena de muerte. Además, señaló que “esta pena provoca una pérdida irreparable, ya que priva a la persona encarcelada de las más básicas libertades, sin ofrecer esperanza alguna de rehabilitación, salvo quizás mediante un indulto gubernamental; una posibilidad tan remota que no atenúa la severidad de la condena”. La cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional es por tanto “una pena especialmente severa para un menor” y desproporcionada, ya que, por término medio, pasará más tiempo en prisión que un delincuente adulto sentenciado a la misma pena.

En esta causa, el Tribunal Supremo analizó minuciosamente los diversos *objetivos* o *finés* que se persiguen al imponer una pena –castigo justo, disuasión, incapacitación y rehabilitación– llegando a la conclusión que ninguno de ellos justificaba la imposición a menores de la pena de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional por delitos sin resultado de muerte. El Tribunal Supremo argumentó que: (1) “el fundamento del *castigo justo* se basa en que una condena en un proceso penal debe guardar relación directa con la gravedad del hecho y la culpabilidad del delincuente”, estableciendo que “la imposición de la segunda pena más severa permitida por la ley a un menor que ha cometido un delito sin resultado de muerte, no es una pena justa”. (2) En cuanto al *efecto disuasorio de las penas*, indicó que, debido a la personalidad de los menores, “al tomar su decisión es menos probable que tengan en cuenta el posible castigo”. (3) En lo que respecta a la *incapacitación*, señaló que “justificar la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional basándose en el supuesto de que el menor siempre constituirá un peligro para la sociedad supone que quien dicta sentencia juzga que el menor no tiene ninguna posibilidad de enmendarse. Las características de los

⁴⁰ *Graham v. Florida*, núm. 08-7412, de 17 de mayo de 2010.

menores hacen que esa opinión sea cuestionable". (4) Finalmente, en el caso de la *rehabilitación*, el fallo indicó que "la pena renuncia por completo a la idea de la rehabilitación. Al negar al acusado el derecho a reincorporarse a la comunidad, el Estado hace una valoración irrevocable sobre el valor de la persona y su lugar en la sociedad". La ausencia de oportunidades de rehabilitación para los menores que se encontraban en esa situación hacía que el carácter desproporcionado de la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional fuese "aún más notorio".

El Tribunal, al examinar el recurso interpuesto por una condena a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, en el Estado de Florida, por un delito que el autor cometió a los 16 años, concluyó diciendo que: "La condena impuesta a *Terrance Graham* garantiza que morirá en prisión sin tener una oportunidad significativa de quedar en libertad, al margen de lo que haga para demostrar que los actos lesivos que cometió siendo adolescente no son representativos de su verdadero carácter, aunque pase el próximo medio siglo intentando expiar sus delitos y aprender de sus errores. El Estado le ha negado la posibilidad de demostrar posteriormente que es apto para reincorporarse a la sociedad, basándose únicamente en un delito sin resultado de muerte que cometió cuando era un niño ante la ley. Esto es algo que la *Octava Enmienda* no permite".

En esta sentencia, el Tribunal Supremo solo se refería a los casos de menores declarados culpables de delitos sin resultado de muerte y condenados a esta pena. Aunque la opinión de la mayoría de los jueces se basó en un análisis de la legislación y la jurisprudencia norteamericana, tuvo también en cuenta que el panorama internacional respaldaba dicha conclusión, al reconocer que Estados Unidos "sigue una práctica condenatoria rechazada en todo el mundo" y que era uno de los dos únicos países que no habían ratificado la CDN. Reiterando lo que ya había afirmado cinco años atrás en la causa *Roper v. Simmons*, cuando abolió la pena de muerte para las personas menores de 18 años, subrayó que "Estados Unidos se ha quedado solo en un mundo que ha dado la espalda a la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional para los menores que han cometido delitos sin resultado de muerte".

Apenas dos años después, en 2012, sobre la base de estos dos casos (*Roper v. Simmons* y *Graham v. Florida*), el Tribunal Supremo en *Miller v. Alabama*⁴¹,

⁴¹ *Miller v. Alabama*, nº 567 U.S. 460 (2012). Nº. 10-9646. Discutido el 20 de marzo de 2012, decidido el 25 de junio de 2012.

abolió las condenas a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, para todas aquellas personas que hubieren cometido cualquier delito (incluso un homicidio o un asesinato) siendo menores de edad. En el suceso enjuiciado, *Miller*, un joven de 14 años, junto con un amigo, golpeó a su vecino y prendió fuego a su remolque después de una noche de consumo de alcohol y drogas, causándole la muerte. *Miller* fue inicialmente acusado como menor de edad, pero su caso fue trasladado a un tribunal penal de adultos, donde fue acusado de asesinato en el curso de un incendio provocado. Un jurado declaró culpable de asesinato a *Miller*, y el Tribunal le condenó a una pena de cadena perpetua obligatoria sin posibilidad de libertad condicional. El Tribunal Penal de Apelación de Alabama confirmó la sentencia, sosteniendo que la pena impuesta a *Miller* no fue demasiado severa en comparación con su crimen, y que su carácter obligatorio era admisible bajo la *Octava Enmienda*. Sin embargo, en contra de los argumentos esgrimidos en ambas instancias, el Tribunal Supremo sostuvo que las condenas de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional para los delincuentes juveniles son inconstitucionales.

El 25 de enero de 2016, el Tribunal Supremo, dictaminó en *Montgomery v. Louisiana*⁴², que su decisión en *Miller v. Alabama*, donde anulaba las condenas a cadena perpetua obligatoria sin libertad condicional para menores, debía aplicarse retroactivamente, zanjando así la polémica jurisprudencial originada sobre la retroactividad o irretroactividad de la prohibición acordada en 2012. De modo que, aunque actualmente no se requiere que los Tribunales deban revisar las sentencias en aquellos casos en que los jóvenes fueron condenados a una pena de cadena perpetua sin libertad condicional que se están ejecutando, se exige que todos los Estados deben admitir que los delincuentes juveniles condenados por delitos de homicidio o asesinato sean considerados aptos para acceder a la libertad condicional, regulando los mecanismos legales y requisitos que posibiliten el acceso a la libertad condicional.

Cuando en 2012 se declaró la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua sin posibilidad de acceder a la libertad condicional por delitos cometidos

⁴² *Montgomery v. Louisiana*, nº 577 U.S. (2016). Nº. 14-280, discutido el 13 de octubre de 2015, decidido el 25 de enero de 2016. El caso trataba sobre un recurso de apelación interpuesto por H. Montgomery, quien en 1963, a la edad de 17 años, asesinó a un oficial de policía siendo condenado por ello a la pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional.

antes de cumplir los 18 años de edad, aunque la mayoría de los menores de edad juzgados por asesinato no fueron condenados a esa pena, veintiocho Estados contaban con una legislación penal que mostraba un evidente conflicto con el sentido del fallo del Tribunal Supremo.

En los cuatro años transcurridos hasta la sentencia de *Montgomery v. Louisiana*, la mitad de esos veintiocho Estados reformaron y adaptaron sus leyes para acatar el fallo del Tribunal Supremo⁴³. Eso sí, se observa una gran disparidad legislativa respecto del tiempo en prisión que obligatoriamente deben cumplir los menores de 18 años antes de proceder a la revisión de la pena y de poder optar a la libertad condicional. En un lado del espectro, Estados como *Nebraska* y *Texas* requieren el cumplimiento de 40 años en prisión antes de conceder la posibilidad de acceder a la libertad condicional; *Luisiana*, *Massachusetts* y *Pennsylvania* fijan el tiempo de cumplimiento mínimo de prisión antes de poder optar a la libertad condicional en 35 años; y *Arkansas*, *Connecticut*, *Delaware*, *Michigan*, *Carolina del Norte*, *Utah*, *Washington* y *Wyoming* requieren que se cumplan entre 20 y 30 años. En el otro lado del espectro, otros Estados se han decantado por el establecimiento de unos plazos temporales más benévolos y realistas. Así, *Nevada* ha establecido el plazo mínimo entre 15 y 20 años; y *California* y *Virginia Occidental* lo han situado en 15 años. Finalmente, también encontramos ejemplos de Estados, como *Iowa*, *Dakota del Sur* y *Vermont*, en los que no se especifica en sus normas una duración temporal determinada, de modo que los jueces gozan de una discrecionalidad absoluta para establecer el plazo mínimo en cada caso⁴⁴.

⁴³ Vid. LYONS (2015).

⁴⁴ ROVNER (2018). En VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2019: 94 a 98), se describen casos reales de delincuentes juveniles condenados a la pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, en los que pese a la declaración de inconstitucionalidad de esta pena, las rígidas condiciones impuestas por las leyes penales de algunos Estados, hacen que esa posibilidad de acceder a la libertad condicional sea prácticamente inviable o, cuando menos, ilusoria. A modo de ejemplo, entre otros, el caso de *Brenda Ann Spencer* que tras ser condenada por dos asesinatos cometidos en 1979, cuando tenía 16 años, a los 53 años, continuaba en prisión, tras serle denegada hasta en cuatro ocasiones la libertad condicional. El caso de *Eric M. Smith* que fue declarado culpable de un delito de asesinato en 1993, cometido a la edad de 13 años, y que en la actualidad, transcurridos casi treinta años desde los hechos, tampoco ha conseguido obtener todavía la concesión de la libertad condicional. O, el caso de *Luke Woodham*, condenado en 1998 a tres cadenas perpetuas consecutivas por otros tantos asesinatos cometidos a la edad de 16 años, y que no podrá optar a la libertad condicional hasta el año 2046, cuando tenga 64 años.

IV. CONCLUSIONES

En una serie de resoluciones judiciales emitidas entre 2005 y 2016, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, adoptando una nueva interpretación sobre el contenido de la *Octava Enmienda* de la Constitución, prohibió la imposición de la pena de muerte a menores de dieciocho años en *Roper v. Simmons* (2005), y la pena de cadena perpetua sin libertad condicional, incluso para los jóvenes condenados por asesinato, en *Graham v. Florida* (2010), en *Miller v. Alabama* (2012) y en *Montgomery v. Louisiana* (2016)⁴⁵, obligando así a todos los Estados norteamericanos a modificar y reformar las normas que regulan sus sistemas de justicia penal juvenil, acorde a estas nuevas directrices.

La prohibición de la imposición de estas penas a todas aquellas personas que cometieron un delito antes de alcanzar la mayoría de edad penal, en consonancia con los criterios actuales del Derecho Internacional, es un hito que debe ser reconocido y celebrado como corresponde. Ahora bien, pese a estos significativos avances, el sistema de justicia penal juvenil en Estados Unidos, sigue presentando algunas carencias o problemas, que deberán ser abordados por el legislador y los tribunales de justicia, sin tardanza. Me refiero, entre otros relevantes asuntos a: denuncias de menores infractores por violaciones de su derecho a un debido proceso o proceso justo⁴⁶; constatación de abusos y malos tratos en centros de detención o internamiento de menores⁴⁷; la transferencia de los menores infractores a la jurisdicción penal ordinaria (ya comentada); y sobre todo, a la desproporcionada representación de las minorías en casi todas las fases del sistema de justicia penal de menores, a lo que nos referiremos seguidamente.

Todas y cada una de las investigaciones y estudios criminológicos realizados hasta la fecha, llegan a la misma conclusión⁴⁸, que no es otra que, los jóvenes

⁴⁵ LEVICK (2019).

⁴⁶ Vid. MENDEL (2015).

⁴⁷ Vid. LYONS (2015).

⁴⁸ Una cantidad ingente de estudios explica las razones por las que existe un confinamiento desproporcionado de minorías (*Disproportionate Minority Confinement* - DMC): cumplimiento selectivo, oportunidades diferenciales de tratamiento, racismo institucional, efectos indirectos de los factores socioeconómicos, infracción diferencial, instrumentos de evaluación de riesgos sesgados y prácticas administrativas diferenciales. Vid. MENDEL (2011), ROVNER (2014).

afroamericanos, hispanos e indios americanos están representados en exceso en las instituciones penales juveniles⁴⁹. Las discrepancias no se manifiestan solamente en el momento de la detención. Los jóvenes pertenecientes a alguna de las minorías étnicas o raciales, entran en el sistema de justicia penal con mucha más frecuencia que los jóvenes blancos, tienen más probabilidades de ser remitidos a un tribunal de justicia penal, es más probable que sean procesados (y es menos probable que sean desviados a sistemas alternativos de justicia juvenil), es bastante más probable que sean sentenciados a penas más severas⁵⁰ y, que una vez condenados, sean trasladados a instituciones para adultos.

A nivel nacional, la tasa de encarcelamiento de jóvenes varones en Estados Unidos en 2015 fue de 152 x 100.000. La tasa de encarcelamiento de jóvenes afroamericanos fue de 433 x 100.000, cinco veces más en comparación con la tasa de encarcelamiento de jóvenes blancos que fue de 86 x 100.000. También están sobrerrepresentados en las tasas de encarcelamiento, los jóvenes nativos americanos con una tasa de 261 x 100.000 (tres veces más) y los jóvenes de origen hispano con una tasa de 142 x 100.000⁵¹, casi dos veces más.

Lo mismo sucede con el género femenino. La tasa de encarcelamiento en 2015 para todas las menores de edad (niñas entre 12 y 17 años) era de 47 x 100.000. Para las chicas blancas, la tasa era de 32 x 100.000. Las niñas nativas (134 x 100.000) tienen cuatro veces más probabilidades que las niñas blancas de ser encarceladas; las niñas afroamericanas (110 x 100.000) tienen tres veces y media más probabilidades; y las chicas latinas (44 x 100.000) un 38% más de probabilidades⁵².

⁴⁹ THE SENTENCING PROJECT (2017c).

⁵⁰ THE SENTENCING PROJECT (2018b), pp. 5 y 6.

⁵¹ THE SENTENCING PROJECT (2017b).

⁵² SICKMUND, SLADKY, KANG & PUZZANCHERA (2016). THE SENTENCING PROJECT (2018a).

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2004), *No a la ejecución de menores. Eliminar la pena de muerte para delincuentes juveniles*. Índice AI: ACT50/001/2004/s.
- (2011), *"Aquí es donde voy a estar cuando muera". Estados Unidos: Menores condenados a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional*. Índice: MDE 19/025/2011.
- (2018), *Ejecuciones de personas que eran menores de edad en el momento del delito desde 1990 hasta marzo de 2018*. Índice: ACT 50/3832/2016. <http://www.amnistiainternacional.org> o www.amnesty.org
- BARTOLLAS, C. (1996), "United States", in *International Handbook on Juvenile Justice*, (edited by Donald J. Shoemaker), London: Greenwood Press.
- BENEKOS, P. J. & A. V. MERLO (2019), "A Decade of Change: Roper v. Simmons, Defending Childhood and Juvenile Justice Policy", *Criminal Justice Policy Review*, 30(1), 102–127.
- BINDER, A., G. GEIS & D. D. BRUCE Jr. (2001), *Juvenile Delinquency. Historical, cultural and legal perspectives*, 3ª ed. Cincinnati, OH: Anderson Publishing.
- CIDH (2018), *La situación de niños y niñas y adolescentes en el sistema penal de justicia para adultos en Estados Unidos*, OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II.167 Doc.34/18. <http://cidh.org>
- FELD, B. C. (1993a), "Criminalizing the American Juvenile Court", *Crime and Justice: An Annual Review*, 17.
- (1993b), "Juvenile (in)justice and the criminal court alternative", *Crime & Delinquency*, 39.
- (1998), "Abolish the juvenile court: Youthfulness, criminal responsibility and sentencing policy", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 88.
- (1999a), *Bad Kids. Race and the Transformation of the Juvenile Court*, New York: Oxford University Press.

- (1999b), *Readings in Juvenile Justice Administration*, New York: Oxford University Press.
- HARRIS, PH. W., W. WELSH & F. BUTLER (2006), "Un siglo de justicia juvenil", en *Justicia penal Siglo XXI*, (Ed. R. Barberet y J. Barquín), Granada: Comares, 55-130.
- HIRSCH, A. von (2001), "Proportionate sentences for juveniles. How different than for adults?", *Punishment & Society*, vol. 3(2).
- HOWELL, J. C. (2003), *Preventing & Reducing Juvenile Delinquency*, Thousand Oaks, CA: Sage.
- HOWELL, J. C., B. C. FELD, D. P. MEARS, D. P. FARRINGTON, R. LOEBER, D. PETECHUK & S. REDONDO (2015), "Delincuencia juvenil en Norteamérica: intervención combinada desde los sistemas de justicia juvenil y adulto", *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)*, Monografía 2, Número 13.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2008): "Los últimos Estados desobedientes: Erradicando la pena de muerte para menores delincuentes en Irán, Arabia Saudita, Sudán, Pakistán y Yemen".
- KELLING, G. L. & J. Q. WILSON (1982), "Broken Windows. The police and neighborhood safety", *The Atlantic Monthly*, vol. 249 (3), 29-38.
- LEVICK, M. (2019), "Kids are Different: The United States Supreme Court Reforms Youth Sentencing Practices for Youth Prosecuted in the Criminal Justice System", *Juvenile Family Court Journal (Special Issue: Scotus Decisions and Federal Law Matter to Juvenile Justice)*, Vol. 70, Issue 3, 25-44.
- LYONS, CH. L. (2015), "Should teens who murder be treated as adults?" in *Reformer Juvenile Justice*, Vol. 25, Issue 32, 745-768. <http://www.library.cqpress.com/>
- MACKENZIE, D. L., R. BRAME, D. McDOWALL & C. SOURYAL (1995), "Boot camp prisons and recidivism in eight States", *Criminology*, vol. 33, nº 3.

- MEADE, B. & B. STEINER (2010), "The total effects of boot camps that house juveniles: A systematic review of the evidence", *Journal of Criminal Justice*, n. 38, 841-853.
- MEARS, D. P. (2002), "Sentencing Guidelines and the Transformation of Juvenile Justice in the 21st Century", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 18(1), 6-19.
- MENDEL, R. A. (2011), *No place for kids. The case for reducing juvenile incarceration*, Baltimore (Maryland): The Annie E. Casey Foundation.
- (2015), *Maltreatment of youth in U.S. juvenile corrections facilities: An update on Juvenile Correctional Facility Violence*, Baltimore (Maryland): The Annie E. Casey Foundation.
- MERLO, A. V. & P. J. BENEKOS (2003), "Defining juvenile justice in the 21st Century", *Youth Violence and Juvenile Justice*, 1(3).
- MOAK, S. C. & L. HUTCHINSON WALLACE (2003), "Legal changes in juvenile justice: Then and Now", *Youth Violence and Juvenile Justice*, 1(3).
- MUNCIE, J. (2004), "Youth justice: globalisation and multi-modal governance", in T. Newburn y R. Sparks (Ed.), *Criminal Justice and Political Cultures. National and international dimensions of crime control*, Devon, UK: Willan Publishing.
- MYERS, D. L. (2003), "Adult crime, adult time. Punishing violent youth in the adult criminal justice system", *Youth Violence and Juvenile Justice*, 1(2).
- PAKES, F. (2004), *Comparative Criminal Justice*, Devon: Willan Publishing.
- PETROSINO, A., C. TURPIN-PETROSINO, M. E. HOLLIS-PEEL & J. G. LAVENBERG (2013), "Scared Straight and other juvenile awareness programs for preventing juvenile delinquency", *Cochrane Database of Systematic Reviews 2013*, Issue 4.
- PUZZANCHERA, C. et al. (2006), *Easy Access to FBI Arrest Statistics 1994-2004*. National Centre for Juvenile Justice.

ROVNER, J. (2014), *Disproportionate Minority Contact in the Juvenile Justice System*, Washington D.C.: The Sentencing Project.

(2018), "Juvenile Life Without Parole: An Overview", *Policy Brief: Juvenile Life Without Parole*, Washington, D.C.: The Sentencing Project.

SHERMAN, L. W. (2012), *Desarrollo y evaluación de programas de seguridad ciudadana en América Latina: Protocolo para la prevención del delito a partir de la evidencia*, Banco Interamericano de Desarrollo.

SHERMAN, L. W., D. C. GOTTFREDSON, D. L. MACKENZIE, J. ECK, P. REUTER & S. D. BUSHWAY (1998), "Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What Promising", *National Institute of Justice, Research in Brief*, July.

SICKMUND, M., M. SLADKY, T. J. KANG & C. PUZZANCHERA (2016), *Easy Access to the Census of Juveniles in Residential Placement*. Washington, D.C.: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.

SNYDER, H. & M. SICKMUND (2006), *Juvenile Offenders and Victims: 2006 National Report*. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.

THE SENTENCING PROJECT (2017a), *Black Disparities in Youth Incarceration*, Washington D.C., September.

(2017b), *Latino Disparities in Youth Incarceration*, Washington D.C., October.

(2017c), *Native Disparities in Youth Incarceration*, Washington D.C., October.

(2018a), *Incarcerated Women and Girls, 1980-2016*, Washington D.C., May.

(2018b), *Trends in U.S. Corrections*, Washington D.C., June.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2006), "La influencia de la alarma social en el nuevo rumbo de la Justicia penal juvenil en occidente", en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, (Guzmán Dálbora y Serrano Maíllo, eds.), Madrid: Dykinson, 487-507.

(2019), *Delincuencia juvenil*, Madrid: Dykinson.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. y A. I. LUACES GUTIÉRREZ (2008), "El nuevo rumbo de la justicia penal juvenil en el Siglo XXI", en *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores*, D. Vargas (Coord.), Sevilla: Universidad de Sevilla, 43-51.

WACQUANT, L. (2012), *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona: Gedisa.

EL DERECHO PROCESAL: DE GRAN CIENCIA JURÍDICA A LA BANALIDAD

José Luis Vázquez Sotelo

Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Barcelona)

I. En 1970 la Universidad española presentaba importantes diferencias con la Universidad actual. Una de ellas era que el número de Universidades existentes era mucho menor, lo que podía dificultar a muchos jóvenes estudiar carreras universitarias al tener que ir a residir a ciudades distintas a la de su residencia habitual. En cambio, la calidad de la enseñanza, por lo general, podía ser muy superior. Los grandes Maestros que enseñaban en las Universidades de aquella época no suelen encontrarse en la actualidad, aunque existen notables y admirables excepciones. Para convencerse de ello basta recordar los nombres de los profesores que impartían la docencia entonces y comparar esa calidad con la que vino tras la LRU de 1983.

II. La LRU de 1983. Se hablaba entonces del viejo asunto de la “reforma de la Universidad” de igual modo que hoy se habla de la “reforma de la enseñanza”; algo que parece pensado para que los políticos tengan “tema” de que hablar, pero para que (según la enseñanza lampedusiana) todo siga igual o se deteriore todavía más. La reforma universitaria, o más ampliamente la de la enseñanza, no se hizo ni será fácil que se haga ni siquiera en una época como la actual, en la que el deterioro de la enseñanza se ha agravado notablemente. Y cuando muchos de los problemas que observamos día a día tienen como causa fundamental la falta de cultura en la sociedad.

Al producirse el cambio político, con el hundimiento en 1982 de la UCD (Unión de Centro Democrático) seguido del vuelco electoral de las elecciones de 1982 y la contundente victoria del Partido Socialista por mayoría absoluta, con dominio absoluto del Parlamento, se volvió a hablar de aquella aplazada reforma universitaria, solo que ahora se decía que se acometía desde una perspectiva “de izquierdas”. En efecto, fue el primer Ministro de Educación y Ciencia del primer

Gobierno del Partido Socialista el que preparó e hizo promulgar la famosa (o tristemente famosa) Ley de Reforma Universitaria de 1983 (LO 11/1983, de 25 de agosto), que permitió el ingreso en los cuerpos docentes, incluso en los superiores, a los candidatos sin exigirles el control de unas pruebas rigurosas y solventes que acreditasen su preparación. Incluso por una Disposición Transitoria de la Ley (D.T. 5ª) "se integraba en sus propias plazas", en los cuerpos de catedráticos y profesores titulares de universidad a los catedráticos y profesores que estuvieran en posesión del título de Doctor, añadiendo: "Quedarán asimismo integrados quienes no dispongan de dicho título de Doctor y lo obtengan en el plazo de cinco años, contados a partir de la publicación de la presente Ley", algo verdaderamente insólito, injusto e incomprensible.

Los "ejercicios" de las oposiciones, que hasta entonces eran seis y todos eliminatorios, quedaron reducidos a dos y pasaron a llamarse "pruebas", que se llevaban preparados de casa. Y los "trabajos" que se presentaban no era rigurosamente necesario que estuviesen concluidos, pudiendo tratarse de aspectos de un tema que se exponía. Según la ley, las dos pruebas consistían la primera en la exposición del historial académico e investigador del candidato y de su proyecto docente (que también sustituía a la tradicional "Memoria" sobre concepto, método, fuentes y programa de la asignatura) y el segundo ejercicio consistía en la exposición de un tema de su libre elección (arts. 35 y 37). Como queda dicho, según una "consulta" evacuada por la Secretaría de Estado, el tema a exponer por el concursante no exigía que estuviese terminado, sino que podría tratarse de la elaboración parcial de un tema "*in fieri*". Quedaron suprimidos los ejercicios 4º, 5º y 6º, de los cuales era especialmente temible para los candidatos el 4º ejercicio (un tema insaculado del propio programa), porque exigía llevar bien preparados todos los temas del programa para poder hacer una exposición brillante. Los integrantes de las Comisiones que iban a juzgar las "pruebas" eran cinco profesores de la respectiva área de conocimiento, pero en lugar de ser seleccionados por medio de la insaculación que se venía practicando, ahora dos de ellos, el Presidente y un Vocal, serían nombrados por la propia Universidad convocante de la plaza.

El método dio lugar de inmediato al viejo mal de la endogamia universitaria, que muchos decían que había que eliminar mientras con las reformas se planteaba lo contrario. Contando con la Universidad que anunciaba la plaza, que nombraba al Presidente y a un Vocal de la Comisión, sería relativamente fácil

que entre los dos pudiesen encontrar el tercer voto para disponer de la mayoría necesaria a fin de manejar la comisión para votar al candidato afín. El conocido método del *do ut des* casi siempre ha tenido margen para ser aplicado en la Universidad española. El invento arraigó tan pronto que un Profesor (hoy Titular de la asignatura en la UB), al que acompañé a Andalucía a realizar las pruebas de una convocatoria, al llegar a la Universidad y dirigirnos al conserje para que nos indicase dónde había que realizar la presentación, comprobó cómo éste saludaba a los presentes diciendo: "ah, vosotros venís al concurso de la plaza del Prof. Fulano", porque él sabía que aquella "era su plaza", que se había convocado para él, y el conserje no entendía que otro profesor de otra universidad la pudiera pretender. Lógicamente, el deterioro de la Universidad tardó muy poco en hacer acto de presencia. En muchas convocatorias, cuando se deseaba favorecer a determinado candidato lo que se hacía era exigir en el "perfil de la plaza" estudios o publicaciones o alguna investigación puntual que solo tuviese ese candidato. Lo dejó muy claro en uno de sus artículos en la prensa semanal uno de los españoles más sabios y ejemplares del siglo XX, Julián Marías, cuando dijo gráficamente que a algunas convocatorias de cátedras universitarias "solo les falta incluir entre los requisitos de los concursantes estar en posesión de un determinado DNI" que correspondía al candidato escogido, pensando en el cual se había convocado el concurso.

Verdaderamente, después de estos excesos increíbles, que en nombre de la Constitución y Leyes académicas se hablase de los "principios de mérito y capacidad" parecía una broma de muy mal gusto. Y a una reforma así se prestó aquel gobierno socialista de primera hora, que decía iba a ser ejemplo de actuación limpia y ejemplar.

La reforma de la LRU se debatió y elaboró en Barcelona entre los que querían beneficiarse con ella. La meta a alcanzar no era una mejora sustancial de la Universidad, sino que "los que habían luchado por la Universidad contra la Dictadura", como se decía en el argot de la época, encontrasen el beneficio que esperaban, que consistía en una plaza de profesor universitario a su medida, y en rebajar la dificultad de los ejercicios o pruebas a realizar.

En aquella época la UB estaba completamente dominada por los profesores de la llamada "izquierda universitaria", y por los nacionalistas. Fue el momento de la fundación y despegue del partido de Pujol (hoy acreditado como el mayor

saqueador de la historia de Cataluña). Tarradellas estaba haciendo un magnífico papel en la Transición y tenía muy poco en común con el que había sido *Conseller* de la Generalitat de la República. Pero Pujol solo aceptó mantenerlo al frente del autogobierno el tiempo justo para “reanudar la tradición institucional” y “continuar la historia del autogobierno de Cataluña”, es decir, hasta que se celebraron las elecciones, que ganó el partido de Pujol, que lo primero que hizo fue prescindir de Tarradellas.

En las convocatorias de plazas universitarias se recordaban siempre los principios de “mérito y capacidad de los concursantes”, pero si alguien se interesaba por averiguar quiénes tendrían “chance” en aquél concurso tenía que acudir a los integrantes del tribunal y al “perfil” exigido a los concursantes y allí podría descubrir que se anunciaba pensando en un determinado profesor, que aunque carecía de trabajos que lo acreditasen o bien su obra no era de calidad, en cambio se alegaba que “había luchado mucho por la Universidad” y a veces en voz baja se recordaba su participación en las manifestaciones de protesta de los pasados años (lo que justificaba que pudiese seguir viviendo a costa de la Universidad, para lo cual había que asegurarle un sueldo fijo de retribución de la plaza universitaria).

A esto se redujo la “Universidad de calidad” que nos prometieron algunos políticos de la Transición. Hoy podemos saber a qué ha quedado reducida la calidad de la Universidad. Tengo recordado en ocasión anterior que una de las felicitaciones que más he agradecido fue la que me dirigió una Profesora de Derecho Mercantil de una Universidad de Madrid. Viajábamos en avión a Madrid desde Barranquilla, donde habíamos participado en un Congreso de su especialidad, y tras una cena solemne de despedida, el Intendente de la capital se dirigió al organizador del Congreso y éste se dirigió a mí para que pronunciase unas palabras de agradecimiento. Tomando pie en aquella breve intervención la distinguida colega me preguntó: “¿tú eres catedrático de cuando para ganar una cátedra había que superar seis ejercicios o de los que vinieron después de la Ley de Reforma Universitaria?”. Le aclaré que las circunstancias me habían obligado sucesivamente a competir en tres cátedras para poder enseñar en la misma ciudad donde vivo y tengo mi estudio jurídico. Le expliqué también que después de ganar la primera cátedra (Univ. de León) tuve que participar en otro concurso para una segunda (Univ. Zaragoza) y finalmente en una tercera (Univ. Barcelona) debido a que la LRU había dejado en manos de cada Universidad la modalidad

de convocar el concurso y en Barcelona se había tomado el acuerdo de no sacar ninguna cátedra al equivalente a "concurso de traslado" sino al de "acceso" (para facilitar que los profesores locales pudiesen continuar en la misma Universidad, solo que ya como catedráticos). La consecuencia fue que profesores que habían sido mis alumnos en la Licenciatura, cuando yo pude regresar a la Universidad de Barcelona, después de ese largo peregrinaje, ellos ya tenían su Cátedra en Barcelona sin haber tenido que salir de su ciudad. ¡Una muestra insuperable de la famosa endogamia contra la que se decía que se tenía que luchar...!

En realidad lo que se pretendía era regalarle una plaza retribuida a esos universitarios que habían lanzado adoquines a la policía y realizado otras hazañas similares para después ser "colocados" en la Universidad, otorgándoles graciosamente una plaza que les iba a permitir vivir de la Institución, relevándoles incluso de cumplir el requisito fundamental de estar en posesión del título de Doctor en la fecha de convocatoria y permitiéndoles graciosamente que lo pudiesen obtener en el largo plazo de cinco años siguientes (sin control eficaz de la originalidad y calidad del trabajo presentado como tesis, las cuales más de una vez se guardaban escondidas para dificultar su inspección, en contra de lo que disponen los reglamentos, como ha sucedido no hace mucho con la tesis doctoral que se dice presentada por el Secretario General del Partido Socialista, D. Pedro Sánchez). En un tiempo en el que es tema del día el "master" de la que fue Presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid, D^a. Cristina Cifuentes, (cuyo Director era un catedrático de Derecho Constitucional considerado de prestigio), cabe imaginar los trabajos que se habrán presentado en aquellos cinco años siguientes a la promulgación de la ley. Para juzgar los que valían en verdad como tesis doctorales, sería de mucho interés conocer los criterios de calidad a que fueron sometidos tales trabajos. Su resultado sería altamente definidor de la calidad universitaria y del increíble deterioro que siguió a la promulgación de la LRU de 1983 y de la realidad de las promesas de los políticos de entonces en relación con la calidad de la enseñanza de la que hablaban constantemente. Sin haber disfrutado jamás de prebenda o ventaja alguna de aquel régimen, puedo asegurar que la Universidad que durante aquellos años tuvimos en España y la enseñanza que se impartía era de muy superior calidad a la que ofreció la Universidad que vino después tras la reforma de la LRU. Como tengo precisado en anteriores escritos, contamos con la fortuna de que sigue habiendo muy buenos universitarios y en ellos hemos de confiar el futuro del "Alma Mater".

A un ilustre Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza, Prof. Manuel Ramírez, que fue gran Decano en los años en que desempeñó aquella cátedra (ganada en concurso-oposición muy competido y seguido de impugnación administrativa), le oí proclamar en varios actos académicos solemnes que con la Ley de Reforma Universitaria impulsada por el primer Ministro de Universidades del Gobierno Socialista que siguió a las elecciones de 1.982, José María Maravall, "se había sumido a la Universidad española en el "caos maravalliano" cuyos efectos durarían mucho y del que sería difícil salir" (en ellos seguimos estando). Por esa situación caótica se pagó un muy alto precio en lo más valioso que ha tenido siempre la Universidad: su autoridad y su prestigio para transmitir los saberes. Los que hemos tenido que luchar tanto para ser profesor universitario y para alcanzar una Cátedra, perdimos entonces la razón de tantos esfuerzos y sacrificios y conocimos una universidad dominada por la mediocridad y la picaresca. Nosotros queríamos parecernos a nuestros profesores o "maestros", que si eran competentes y cumplidores eran nuestros ídolos, en un sentimiento generalizado de todo el alumnado. Los estudiantes captaron de inmediato la degradación que se iba a producir en el estamento docente en el que se ingresaría con solo superar dos pruebas que se llevaban preparadas de casa (el recordado Decano decía públicamente "dos pruebas que dan risa"). Salvo honrosas excepciones, las nuevas promociones de universitarios Licenciados huyeron de la Universidad para optar a destinos mejor remunerados y socialmente más considerados, abandonando la aspiración a hacer carrera en el estamento docente de la Universidad, de la que se decía que solo ofrecía porvenir a los mediocres.

III. En los años que siguieron a aquella época he oído comentar a personas bien informadas que el Ministro Maravall era hijo de un intelectual importante y muy bien situado en el "régimen" político de entonces, pero que lejos de sentirse "franquista" o "del Movimiento Nacional" (como su padre), se tenía, como tantos otros, por "progresista y de izquierdas". Todos o casi todos aquellos "progresistas" padecían lo que el gran periodista Raúl del Pozo ha llamado en sus columnas de "El Mundo" el "complejo de Edipo" aplicado a los catedráticos de Universidad de entonces, porque siendo frecuentemente hijos de franquistas bien situados en el Régimen, con cargos bien retribuidos en la "nomenclatura", no obstante, "querían matar al padre"...

El caso del Ministro de Educación y Ciencia del primer gobierno socialista de Felipe González, José María Maravall, no fue único, sino que se repitió con

frecuencia. Entre los casos más conocidos puede recordarse a los Pradera, descendientes del pensador tradicionalista Víctor Pradera, que ocuparon siempre cargos importantes en los Gobiernos de la época, incluso algunos de contenido tan misterioso como "Secretario de Secciones" dentro de la Secretaría del Movimiento, que desempeñaba precisamente Juan José Pradera Ortega, cuyo hijo fue editorialista e ideólogo en el diario "El País", hoy "diario global", que en el llamado "tardofranquismo" se fundó por un grupo económico cántabro en torno a "Jesús (de) Polanco" y a su empresa "Editorial Santillana" a la que se concedió el privilegio de la edición de los libros de texto utilizados para la enseñanza en España. Se puede recordar también cómo el entonces joven periodista Juan Luis Cebrián, hijo de una influyente personalidad muy del "régimen", que había pasado de desempeñar un cargo tan importante y clave como Director General de Radio y Televisión Española, llegó a ser director de aquel diario independiente, "El País", en cuya importante empresa ha ocupado hasta muy recientemente los cargos de mayor significación y responsabilidad, desde la dirección del diario hasta presidente del grupo de empresas.

Promulgada la LRU se comentó también en los ambientes universitarios que la expresión "créditos", que jamás se había utilizado en el vocabulario universitario español, era la traducción del término que se utilizaba en un Reglamento de la de Oxford, de donde parece lo habría tomado aquel Ministro Maravall para preparar la LRU, al haber estudiado allí gracias a una generosa beca de estudios de la que no pudieron disfrutar otros universitarios. Tal habría sido su principal aportación a la mejora de la calidad universitaria en España al elaborar la LRU –la implantación de los "créditos"– mientras se degradaban hasta lo indecible las escuetas "pruebas" que reemplazaban a la tradicional exposición verbal de los "ejercicios" de las clásicas "oposiciones" o concursos universitarios y los seis ejercicios orales y eliminatorios quedaban reducidos a los dos más fáciles, que se llevaban preparados. Y, al vaciar de contenido los desaparecidos "ejercicios", el vacío se cubría por múltiples actas de la Comisión: acta de constitución, acta de comparecencia, de aceptación, de una reunión, de otra reunión, etc., etc., sin que los profesores que tenían que juzgar la calidad de lo que exponían los candidatos pudiesen oírlos y preguntarles.

Los grandes maestros que entonces había en la Universidad española advirtieron rápidamente el peligro que la proyectada reforma iba a representar en orden a la calidad del profesorado. Además, se conocía lo que se tramaba con

la "letra pequeña" de la Ley después de proclamar los principios de mérito y capacidad de los candidatos.

El eminente jurista, fundador de la mejor escuela de administrativistas que en el pasado siglo y en el presente ha surgido de la Universidad española, el Prof. Eduardo García de Enterría, reunió a un reducido grupo de eminentes profesores de varias disciplinas y solicitó una entrevista al Ministro Maravall para hacerle las observaciones de que con la reforma proyectada la Universidad española se iba a hundir todavía más. De estas entrevistas no hablaba la prensa cotidiana, ni la radio ni la TV. No obstante, un profesor que militaba en el Partido Comunista y participaba de forma destacada en el gobierno de la Universidad y con el que siempre mantuve buenas relaciones personales, me refirió entre admiración y crítica la entrevista con el Ministro que había solicitado el Prof. García de Enterría, una vez superada la preocupación inicial de que les podía "aguar la fiesta" a los planes que la izquierda universitaria tenía para lo que llamaba "reforma universitaria" y su "democratización", que en realidad, como queda dicho, era para prepararle una cómoda "carrera" universitaria a los militantes de los partidos que "habían luchado por la Universidad". A los que tenían en sus manos arreglar la Universidad no les importaba que se hundiese todavía más y que las Comisiones de selección sustituyesen a los tradicionales Tribunales, para despojarlos del rigor y formalidad de su actuación.

La reforma que interesaba a los políticos tenía asegurada su aprobación mediante el "rodillo parlamentario" que ostentaba el grupo socialista. Así fue, solo que con una "generosidad" de difícil parangón histórico ya que el privilegio, como queda dicho, se extendió para comprender incluso a los que en el momento de la reforma carecían del título de Doctor, concediéndoles cinco años más para obtenerlo, sin ningún control fiable de las garantías de originalidad, calidad y autenticidad (es inevitable pensar en la cantidad de "bodrios" que en esos cinco años se habrán presentado como "tesis" originales de los candidatos sin control ni contraste alguno y pueden recordarse los escándalos descubiertos incluso en países serios como Alemania con los plagios de tesis de algunos políticos, que hubieron de dimitir de sus cargos). Así se hizo la "idoneización" establecida en la LRU de centenares de profesores de todas las materias de la Universidad española, sin el imprescindible control de calidad de los candidatos y de los trabajos que presentaban.

IV. Entre los atropellos a los derechos de los funcionarios del Estado en aquellos años (Catedráticos de Universidad, Académicos o Magistrados de los más altos Tribunales) debe ser especialmente recordado el abuso que supuso anticipar cinco años la edad de jubilación de varias promociones de funcionarios superiores. Supuso cortar la cabeza a cinco promociones de funcionarios cualificados que, como es lógico, ocupaban los cargos de más alto rango en el Estado (en el Tribunal Supremo y en las Universidades) sin importar que hubiesen ganado sus plazas en los concursos entonces legalmente establecidos para ingresar en los respectivos cuerpos y no por designación "a dedo".

Cuando ahora se leen las "Memorias" de Alfonso Guerra y sus escritos, *Una página difícil de pasar, Dejando atrás los vientos o Cuando el tiempo nos alcanza*, advertimos que al escribir, ya jubilado, el hombre que tuvo un poder enorme y que anunció que iba a transformar España, asegurando que "a España no la iba a conocer ni la madre que la parió", ahora, "dejando atrás los vientos", da la imagen de un prudente y sereno estadista bien alejado del sectarismo que le guió en aquellos años. Es fácil imaginarlo en 1982 contemplando el nuevo mapa del Parlamento con los resultados electorales que presentaban unas Cortes Generales dominadas por los colores del Partido Socialista y Comunista, es decir, por la izquierda parlamentaria que formaba lo que se llamó "rodillo parlamentario". Lógicamente, esos censores advertían unos indicadores odiosos que eran especialmente los Catedráticos y los Magistrados, sobre todo los más antiguos, que podrían no aprobar algún proyecto de ley si era impugnada por algún grupo de la oposición. Había que acabar con la resistencia de un antiguo poder que se negaba a "reciclarse" ante la nueva realidad. Y el altavoz de la nueva filosofía era "El País", que, por ejemplo, se encargaba de realizar las frecuentes críticas al "corporativismo judicial" (a recordar su batalla para impedir que perdurase el inicial sistema de elección de los vocales del CGPJ en que eran elegidos por la propia carrera judicial entre sus candidatos, al que después se ha querido volver).

Igualmente, el Opus Dei tenía un gran interés en dominar la Universidad y, como se ha demostrado, hubo opusdeístas que mantuvieron una actuación correctísima y de respeto intransigente a la legalidad, mientras que otros apenas tenían escrúpulos en los métodos que iban a utilizar o su cinismo les llevaba a buscar citas en los grandes humanistas o teólogos con las que justificar la fechoría que iban a cometer. Para ello se puso a punto los mecanismos administrativos que con la LRU permitía a la Universidad convocante designar al Presidente y a

uno de los Vocales de las Comisiones, los cuales trabajarían para alcanzar entre los insaculados otro profesor afín que se sumase a ellos para formar la mayoría que permitiese hacer la selección que se deseaba a favor del concursante al que adjudicar la plaza. Durante la República (1931-36) la Institución Libre de Enseñanza realizó una magnífica labor que ha sido muchas veces recordada. Fue esa herencia la que quiso recoger la Institución del Opus Dei especialmente en la época en que dominó las estructuras culturales del Régimen.

La Institución Libre de Enseñanza envió a valiosos intelectuales a estudiar en el extranjero en importantes centros de formación e investigación. Por ejemplo, cabe recordar que la nueva ciencia del Derecho Procesal que entonces despuntaba en Alemania recibió a los Profs. españoles Gómez Orbaneja y Prieto Castro-Ferrándiz, que pudieron ser en España los primeros autores en exponer la nueva disciplina.

V. Con todo, si el concurso estaba bien regulado siempre resultaba posible que otro de los concursantes utilizase el trámite de impugnación planteando "objeciones" a sus obras o méritos alegados, un trámite que estaba regulado en la norma 11 del Reglamento, conocida en el ámbito académico como "trinca" entre concursantes, que podía tener (y tuvo en muchos casos) una eficacia demoledora.

Esto fue lo que, según se ha recordado en diversas ocasiones, sucedió con una Cátedra de Derecho Administrativo en la que existía un candidato "preferido", del que era gran valedor Don Laureano López Rodó, quien había sido Ministro y había impulsado la Reforma Administrativa. Pero sucedió que también concurrió a dicho concurso el eminente y erudito Profesor Alejandro Nieto, que se convertiría en uno de nuestros más eminentes administrativistas y sería autor de múltiples obras fundamentales sobre aspectos jurídicos tan diversos como actuales: *El arbitrio judicial*, *El derecho y el revés*, *El desgobierno de lo público*, *El desgobierno judicial*, *La nueva organización del desgobierno*, *Crítica de la razón jurídica*, etc. Este concursante demostró ante el Tribunal que el libro que presentaba su contrincante en el concurso se asemejaba demasiado a una obra escrita fuera de España que aquí era muy poco conocida. Profesores que estuvieron presentes en el concurso han recordado que, tras la contundente intervención del Prof. Alejandro Nieto, el Presidente del Tribunal, Dr. López Rodó, valedor del candidato, quiso "quitar hierro" a la demoledora impugnación del Prof. Nieto

diciendo a los demás miembros del Tribunal: "estos son los pecados veniales de los concursantes", como si fuese algo habitual y disculpable por frecuente. La expresión tuvo una inmediata y contundente respuesta del Prof. García de Enterría que le recordó al Presidente que ese era precisamente el pecado más grave que un concursante podía cometer. Se trata de uno de los males más extendidos en la universidad moderna, como acredita que en Alemania se han formado Comisiones de investigadores, por especialidades, para descubrir en los trabajos que se presentan los posibles plagios y en los últimos años han tenido que dimitir varios ministros y altos cargos sorprendidos con plagios en sus publicaciones.

A los diez años de gobierno socialista (¡ellos que levantaban la bandera de los 100 años de honradez!) el periodista andaluz Antonio Guerra publicó un valioso libro sobre aquella época con el gráfico título de *Las Filípicas*, en el que pasa revista a los problemas más importantes de España y entre ellos a la torpe Reforma de la Universidad del Ministro Maravall mediante lo que llama la "increíble LRU": "nadie imaginaba que se pudiera hacer una labor tan perfecta de empeoramiento y tanto despilfarro de dinero". Analiza el autor "el grave deterioro que la LRU ha producido en todas las áreas de la enseñanza universitaria". Censura la fobia que no solo Felipe González sino también su entonces esposa Carmen Romero tenían a las "oposiciones" (concretamente a las de catedrático de Instituto). Y ¿qué alternativa han propuesto para la correcta selección del profesorado? Censura también ya entonces la "persecución tan solapada de la enseñanza privada hasta asfixiarla", aumentando el déficit de la enseñanza pública cuando lo importante es mejorar la calidad de la enseñanza pública en lugar de incrementar el déficit ya existente.

VI. Especial mención merece el daño a la calidad de los profesionales. Aquí resulta pertinente recordar la censura de este otro Guerra (Antonio), el periodista independiente, contra las jubilaciones anticipadas de los catedráticos, trayendo a la cita algunos de los nombres ilustres de profesores eminentes a los que se adelantó su jubilación y se cortaron años de docencia, recordando especialmente a los Académicos Manuel Alvar o Fernando Lázaro Carreter (a recordar vg. sus volúmenes sucesivos de "El dardo en la palabra"), a quienes "se los rifan en las Universidades extranjeras", mientras aquí no se les permite enseñar y se les considera "viejos". "Así no se construye una Universidad", dice el autor, que añade: "Lo único que están Vds. levantando son fábricas de títulos como quien levanta fábricas de ladrillos". Recordando a muchos muy valiosos afirma el autor,

refiriéndose a Manuel Alvar y a Lázaro Carreter: “ninguno de ellos ha aceptado entrar por la puerta de servicio de la Universidad en calidad de emérito (la palabra suena a “meritorio” de oficina bancaria o de taller), después de que el Gobierno, con una actuación de lo más arbitraria los pusiere en la calle por la puerta principal solo por haber cumplido una determinada edad, cuando en realidad lo hacía “para quitárselos de encima”.

VII. La situación política general era de gran confusión, propia de una época que terminaba y de un régimen político que concluía al aproximarse inexorablemente el “hecho biológico” del fallecimiento del Jefe del Estado que había fundado aquel régimen tras la guerra civil de 1936-1939 y que seguía conservando “la unidad de poder con diversidad de función”.

En aquella época, en relación con la angustiada dificultad de la “salida profesional”, los jóvenes con la carrera de Derecho que trataban de “abrirse paso” en la vida, teníamos fundamentalmente “dos salidas”:

a) Una salida, la más heroica, era la de opositar a los cuerpos de la Administración del Estado (Letrados del Consejo de Estado, probablemente la oposición que exigía un mayor nivel de preparación e incluso una técnica de opositor específica, que añadía una dificultad especial a la de los conocimientos), Abogados del Estado, Profesiones Judiciales superiores (que exigían los estudios de Derecho de entonces): Juez de Primera Instancia e Instrucción, Juez Municipal (o los que después se llamaron “de Distrito”), Secretarios Judiciales, Secretarios de la Justicia Municipal (dotada de cuerpos técnicos superiores a partir de la Ley de Bases de 1944), o alguna oposición que permitía ejercer una profesión liberal, como Registradores de la Propiedad, Notarías, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores Colegiados de Comercio (hasta su fusión con el Notariado), Cuerpo Jurídico Militar. Obviamente, otra “salida”, con la misma ventaja del ejercicio profesional, eran las Cátedras de Derecho, que seguramente era la que exigía más brillantez con la ventaja de que podía permitir compatibilizar su ejercicio con la del oficio de abogar y con la enseñanza, con el respaldo del prestigio del desempeño de la Cátedra.

b) Otra “salida” para los jóvenes licenciados de entonces, alternativa a la del “esforzado opositor”, era entonces ser “adicto” al Movimiento Nacional (que era el partido único que permitía el “Régimen”) ingresando en sus organizaciones

para hacer "carrera política" (la única permitida), de modo semejante a como desde el advenimiento de la democracia hay muchos jóvenes que hoy se vinculan a un partido político en el que aspiran a realizar sus ideales y a ser un militante cualificado para "hacer carrera", a veces muy brillante económicamente.

No faltaron quienes demostraron tener la capacidad necesaria para ejercer dos carreras que fuesen compatibles. Un ejemplo bien elocuente fue el del Prof. Guasp, brillantísimo expositor, el mejor retórico de una asignatura complicada como fue siempre el Derecho Procesal, Catedrático de la Universidad de Barcelona y después de la de Madrid, adonde se trasladó después de ganar también en un brillantísimo concurso-oposición la cátedra de la capital de España donde pudo compatibilizar el ejercicio de la docencia con las funciones de Letrado del Consejo de Estado, por ser el ejercicio de las dos funciones compatible.

Las Universidades en 1970 y en los años que siguieron hasta 1982 eran 14 en toda España. La grave dificultad para muchas familias era poder enviar a sus hijos a estudiar a capitales dotadas de Universidad. Y los Gobiernos en España, en aquella época, no facilitaban becas de estudio que permitiesen estudios universitarios a los jóvenes cuyas familias careciesen de medios de vida suficientemente holgados para afrontar los importantes gastos a costear, comenzando por la residencia fuera del domicilio familiar. Para estudiar una carrera universitaria en los años que siguieron al final de la Guerra Civil e incluso hasta la década de 1960 no era igual residir en Valladolid, en Oviedo, en Santiago de Compostela, en Sevilla o en cualquiera otra capital con Universidad, que tener que costear la vida en la capital universitaria, instalándose en ella. Un joven con domicilio familiar en Sevilla, tenía el camino de la Universidad mucho más despejado que uno de Córdoba, de Jaén o de Málaga, siendo todas ellas capitales de provincia de Andalucía pero entonces carentes de Facultades Universitarias. La holgura de las economías familiares era decisiva para poder cursar estudios universitarios.

La "Unión de Centro Democrático", cuyo símbolo era "el roscó" que cantó Juanito Valderrama, fue un partido político creado desde arriba para apoyar a Adolfo Suárez, cuya militancia falangista en el régimen que fenecía no parecería buena tarjeta de presentación para la Transición al régimen democrático. La UCD era como un gran autobús ideológico muy flexible para dar cabida a casi todas las ideologías, salvo las muy extremistas. Liberales, centristas, socialistas,

socialdemócratas, demócratas cristianos, conservadores, nacionalistas vascos y catalanes, todos tenían cabida en aquella gran familia que era la UCD. Pero la ambición de un político tiene pocos límites y en la Unión de Centro Democrático todos querían ser Presidentes del Gobierno. Cuando se precipitó su derrumbe un cualificado observador me comentó: "UCD no desaparecería si se pudiesen nombrar 300 ministros" (porque todos querían ser Ministros pero no había Ministerios que ofrecerles y un gobierno no podía convertirse en una especie de "gran sanedrín" con vg. 500 Ministros, ya que todavía no se había descubierto la capacidad reproductora de ministerios que vino después). Además, todos querían que "su familia política" alcanzase mayor proyección. Se intentó complacer a los descontentos nombrando a los jefes de los clanes familiares "Ministro de Estado", aunque no ocupasen un ministerio, mientras que los demás serían solo "Ministros".

Pero el invento no calmó las ambiciones de los barones de la UCD. Por eso un buen día acordaron celebrar una reunión, que mantuvieron con gran secreto, en una casa de campo no abierta al público en la que podrían hablar con total libertad. Al menos dos autores han historiado aquella reunión de los líderes de la UCD que, parodiando un programa de televisión muy popular entonces, se celebró en lo que se llamó "*La casa de la pradera*". Los líderes de la UCD fueron tomando la palabra uno tras otro y todos argumentaban contra Adolfo Suárez, decían que se había apoderado del poder sólo para él y para su familia y amigos. Un poder que los otros líderes del partido apenas podrían disfrutar, reprochándole además que gobernaba sin contar con ellos, que también eran líderes de grupos y familias. Los periodistas-historiadores que han descrito la reunión en "*La casa de la pradera*", refieren que en un momento, al final, estando ya solos, Adolfo Suárez se enfrentó con el líder de los liberales Joaquín Garrigues y Suárez le preguntó "y tú qué quieres", a lo que el ilustre interpelado parece que le contestó: "yo quiero tu sillón". El descontento era patente sin que se encontrasen soluciones que diesen satisfacción a las ambiciones de los jefes de clanes que constituían la UCD. De otra parte, ya se había demostrado que un político ambicioso, si estaba apoyado por las fuerzas democráticas del momento, aunque fuese muy pobre su cultura o su información podía gobernar, algo que todos los jefes y jefecillos integrados en la UCD podrían hacer, reflexión que no hacía sino reforzar sus ambiciones.

Pero no siempre en política funcionan eficazmente las influencias en las cuales se confía. Se recuerda que Aznar nombró a Rajoy en sus gobiernos Ministro

de casi todo y, sin embargo, ni Aznar ni su invento la "FAES", han podido controlarlo después, como esperaban cuando con su "dedazo" lo señaló como su sucesor en la Presidencia del Gobierno frente a otros candidatos posibles, creyendo acaso Aznar que sería el más moldeable. De ahí que, como ha escrito el gran periodista Raúl del Pozo, se dedicase a "rajar contra él" para señalarle los errores que iba cometiendo, creyendo erróneamente Aznar que el partido sería fácilmente tutelable desde FAES.

La prensa, radio y TV, informaban de todo lo que pasaba en la política y de la descomposición de la UCD. A un partido político carcomido por las envidias, las rencillas y las luchas internas, los ciudadanos no le entregan su voto mientras el partido de Alianza Popular (derecha), el socialista y el comunista estaban a la espera de la confrontación electoral. Cuando llegó el día, los ciudadanos, comprensiblemente, depositaron su confianza en el "Partido Socialista", que era menos rígido que el Partido Comunista y, sobre todo, era mejor mirado por los Gobiernos europeos (la influencia de la CDU alemana en el Partido Popular español y la influencia del SPD alemán en el Partido Socialista era más que notable e incluso se utilizaban carteles de propaganda utilizando las mismas imágenes que se habían hecho servir en las confrontaciones alemanas).

En las 14 Universidades de entonces había estudiosos que habían elaborado y presentado sus trabajos como tesis doctorales, con lo que podrían acudir a los concursos que se convocasen para intentar convertirse en Profesores Numerarios de la asignatura. Esa cualificación había que ganarla en un concurso en el que si se tenía éxito se pasaba a pertenecer a un cuerpo con escalafón del Estado, lo que suponía un prestigio social y un seguro de vida.

VIII. CRISIS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

La Universidad de Barcelona tenía entonces una situación problemática. El conflicto consistía en que había que cursar una propuesta para nombramiento de Decano de la Facultad y los Profesores habían suscrito la propuesta a favor del Prof. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Catedrático de Derecho Político-Constitucional (con quien, cuando era Ayudante del Prof. Francisco Javier Conde García, estudié en Madrid la ininteligible obra "Teoría y sistema de las formas políticas" y al que encontré en Barcelona ideológicamente muy cambiado). El

problema consistía en que la propuesta de nuevo Decano tenía el apoyo del estamento docente de la Facultad, pero no recibía el "placet" del Ministerio.

Se debatió mucho, en reiteradas Juntas de Facultad, la actitud del Ministerio, que se negaba a aceptar que alguien como el Prof. Jiménez de Parga y Cabrera fuese el candidato al Decanato y la insistencia de la Junta de la Facultad en proponerlo. Su más firme valedor era el Prof. Angel Latorre, catedrático de Derecho Romano. Las explicaciones oficiales para no aceptar la propuesta no podían ser de naturaleza académica. Además de su Cátedra, el Prof. Jiménez de Parga ejercía la Abogacía (tenía un lujoso Estudio de Abogados en el Paseo de Gracia, cerca del obelisco) y escribía semanalmente un largo artículo en un diario de gran difusión como "La Vanguardia" (cuando la presidía el conde de Godó) y expresaba siempre opiniones que hoy tendríamos que calificar como democráticas y avanzadas o "progresistas", por lo que se comprendía el temor del Ministerio de Universidades, en aquellas circunstancias de Fin del Régimen de Franco si se producía su nombramiento como Decano, porque el eco de su contestación sería mayor.

¿Cómo era posible que con más de cien catedráticos en la Facultad de Derecho no se encontrase ninguno que pudiese ser Decano? Recuerdo que una mañana el Prof. Jiménez de Parga vino a encontrarme en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Barcelona, cuya secretaría judicial yo desempeñaba y lleno de indignación me dijo: "¿Tú crees que teniendo la Universidad de Barcelona más de cien catedráticos no se puede encontrar alguno que valga para ser Decano?". Al Rector en funciones (Dr. Caballero) también se le veía cansado de la situación. Mientras, el Dr. Angel Latorre (que al llegar la democracia pasó a desempeñar una magistratura en el Tribunal Constitucional), en unión de otros dos profesores, integraban lo que, con sentido del humor, en aquellas Juntas de Facultad que pasaron a ser divertidísimas y duraban hasta muy tarde, se le llamaba, utilizando una expresión de una zarzuela madrileña, "el trío de la bencina", los cuales exigían que se cursase con respaldo unánime la propuesta a favor de la candidatura del Prof. Jiménez de Parga, aunque fuese en solitario. Eran "los Profesores irreductibles", que formaban un bloque de resistencia por criterios más políticos que académicos y había también profesores muy cualificados que trataban de encontrar una solución de concordia que permitiese mantener abierta la Facultad (que durante meses había permanecido cerrada por razones de orden público) para reanudar la enseñanza.

En una situación como aquella se produjo un extraño nombramiento como Ministro de Universidades de un Prof. muy vinculado al Opus Dei, Prof. Julio Rodríguez, que quedó en los anales académicos de la UB como el autor de de un nuevo calendario académico que recibió el nombre de "calendario Juliano". Se comentó en los medios universitarios que cuando se preparaba el cambio de gobierno y tenían que renovar el Consejo de Ministros, decidieron consultar directamente con Franco las dudas que tenían para nombrar Ministro de Universidades y fue el mismo Jefe del Estado el que vagamente hizo referencia a "un Prof. de Granada", del que le habían asegurado que era muy valioso. Pero parece que tal alusión no se refería al que fue nombrado sino que hacía referencia a un Catedrático de Derecho Constitucional (que también era de Granada), destacado publicista: el Prof. Luis Sánchez Agesta, que tenía referencias comunes con las del elegido, por lo que la confusión era comprensible y, según también se comentaba, habría sido aprovechada por quien componía la "lista" de los nuevos ministros, que habría hecho circular sus nombres para ir acreditándola. En cuestión de horas pudimos ver al designado Ministro de Universidades jurando su cargo. Una de las primeras medidas que tomó el nuevo Ministro, ante la gran sorpresa general, fue promulgar un "nuevo calendario académico" para que los cursos se iniciasen en Enero de cada año. Aunque entonces no existían las redes sociales, se difundieron rápidamente las críticas contra esa resolución alterando el calendario académico y se decía, con razón, que a las causas del malestar universitario la torpeza de aquella actuación había añadido una más, que se podía y se debía haber ahorrado, porque el calendario universitario no estaba sobre la mesa como asunto conflictivo.

Otro día el telediario de la noche informó que el Consejo de Ministros había acordado nombrar Rector de la Universidad de Barcelona al Prof. Jorge Carreras Llansana, Catedrático a la sazón de Derecho Procesal en la Universidad de Navarra. El Prof. Carreras Llansana era nombrado como "Rector-comisario" de la Universidad de Barcelona.

A los pocos días el Prof. Carreras "desembarcó" en la Universidad de Barcelona con miembros de su equipo, entre ellos el Prof. Pecourt, de Derecho Internacional, al que iba a nombrar Decano de la Facultad de Derecho.

El Prof. Carreras Llansana se había formado en Barcelona con el Prof. Fenech Navarro. En el segundo intento, había ganado por oposición la Cátedra de la

Universidad de Granada concurriendo con Carlos Viada López-Puigcerver (Ayudante del Prof. Guasp), que obtuvo la Cátedra de La Laguna. Posteriormente, el Prof. Carreras fue contratado para asumir la enseñanza de Derecho Procesal en la Universidad de Navarra. Además de Catedrático de Derecho Procesal, fue Decano de la Facultad de Derecho y pudo ayudarnos eficazmente para que aquella Universidad aceptase el traslado urgente, "en mano", de los expedientes académicos de los estudios del Doctorado, para poder leer los trabajos de Tesis Doctoral que presentábamos el Dr. Santiago Mir, de Derecho Penal, y yo, de Derecho Procesal, debido a la imposibilidad de cumplir ese trámite inexcusable en la Universidad de Barcelona, que a la sazón seguía cerrada por las alteraciones del orden público a las que ya se ha hecho referencia.

IX. INTENTO DE DAR COMIENZO A LAS CLASES. ACTITUD DE RECHAZO DE LOS ALUMNOS HACIA EL PROF. CARRERAS

Para el inicio del curso ya estaba nombrado el Prof. Carreras, que deseaba impartir su clase a los alumnos de 4º curso a primera hora de la mañana. Se daba la circunstancia de que a la vez comenzaban en Santiago de Compostela unas Jornadas Procesales que se venían celebrando anualmente rotando por las Universidades españolas. Para atender la enseñanza, en la UB la Facultad contaba con el Prof. Carreras y los Prof. Pérez Gordo y el que suscribe, que "ad cautelam" habíamos permanecido en la Facultad sin asistir a las Jornadas Procesales de Santiago de Compostela.

Desde el primer día, los alumnos llenaban el aula de 4º curso (una de las de mayor cabida de toda la Facultad) e iban preparados para rechazar al Prof. Carreras. Los líderes del curso se turnaban en el uso de la palabra, que iban utilizando con una metodología sumamente precisa y un lenguaje de la época. El Prof. Carreras decía a los alumnos: "yo no me debo a ninguna elección", "yo estoy aquí porque he sido nombrado por el Ministerio". Los alumnos le contestaban con un lenguaje distinto, despectivo y humillante para el titular de la cátedra: "nosotros le rechazamos a Vd. como Profesor". "No le queremos como Profesor". "No queremos estudiar con Vd. ni que Vd. nos examine". El lenguaje, como puede comprenderse, a veces subía de tono. La situación era cada vez más tensa y, fuera del aula, el Prof. Carreras nos había comentado que había hablado con el Gobernador Civil de Barcelona (que era a la sazón Rodolfo Martín Villa), que le

había llamado para comentar la situación y le había dicho que la policía no entraría en la Facultad si había que restablecer el orden académico. En otra reunión, en la que nos acompañaba uno de los hijos del Prof. Carreras, en su casa, éste había dicho que si se agravaba la situación y la Policía no intervenía acudiría al Ejército, lo que demuestra la gravedad que podría alcanzar la situación.

El que escribe era entonces un profesor carente de toda cualificación académica, carente del título de Doctor, pero (como puede verse por las publicaciones de prensa del momento) tenía ascendencia con los alumnos. Se me ocurrió sugerir a los alumnos la posibilidad de que les entregásemos a cada uno la "ficha" para que cada uno la rellenase con sus datos y que en ella indicasen el profesor que preferían de los tres que tenían disponibles. Se trataba de realizar una especie de sondeo. En estas circunstancias, a mí se me escapó decir a los alumnos que "en definitiva la democracia también respeta a las minorías" y uno de los líderes estudiantiles me replicó "sí, pero respetando a la mayoría". Y el Prof. Carreras tomó la palabra para hacer una precisión, que en lugar de aprovechar el efecto disolvente de aquel nudo gordiano, cometió el error de contestarme dirigiéndose a los alumnos: "yo no he hablado de democracia"; "yo estoy aquí por el nombramiento que he recibido del Ministerio". No obstante, la distribución de las fichas sirvió para rebajar la tensión y al final de la hora académica las recogimos los tres profesores con el siguiente resultado, que se proclamó a continuación: 10 alumnos mostraban deseos de estudiar con el Prof. Carreras; 6, con el Prof. Pérez Gordo, y todos los demás (más de 100) con el que suscribe. La prensa de Barcelona publicó esta especie de "sondeo", que fue noticia destacada en "El Brusi", el periódico más antiguo de Cataluña que entonces se publicaba.

X. UNA CONFIDENCIA DE LOS ALUMNOS

Sabiendo que la policía ya no entraba en la Facultad para mantener el orden académico y, vista la firmeza del Prof. Carreras, que no quería ceder a las exigencias de los alumnos, los estudiantes plantearon "darle un escarmiento". Prefiero omitir los detalles de lo que tenían pensado hacer, en la medida en que me lo comentaron los líderes estudiantiles, para que desistiese de concurrir a su clase y la Facultad buscase otro profesor con el que comenzar las clases. Ante la situación, me desplazé a su domicilio para acompañarle y le expresé mi opinión en el sentido de que no deberíamos arriesgarnos a que la tensión continuase

subiendo. Aunque siempre combativo, se le veía al Prof. Carreras muy afectado, sobre todo cuando advirtió que el Gobernador Civil Martín Villa se desmarcaba de una actuación enérgica para apoyarle manteniendo el orden académico.

Recuerdo que en esa conversación con el Prof. Carreras me permití recordar aquella respuesta del gran diplomático Talleirand: "con las bayonetas podemos hacer muchas cosas menos sentarnos sobre ellas".

XI. NOMBRAMIENTO DEL TRIBUNAL DEL CONCURSO

En ese contexto se celebraron en la UB las oposiciones al cuerpo de Profesores Adjuntos Numerarios de Universidad, de carácter nacional. El Tribunal designado lo integraban los Catedráticos más antiguos y el Profesor Adjunto Numerario más antiguo de las Universidades españolas:

Prof. Dr. EMILIO GÓMEZ ORBANEJA.

Prof. Dr. LEONARDO PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ.

Prof. Dr. JAIME GUASP DELGADO.

Prof. Dr. MANUEL GORDILLO, Magistrado del TS y Catedrático de Universidad.

Prof. Dr. ÁNGEL DUQUE BARRAGUÉS, Profesor Adjunto Numerario en la Universidad de Zaragoza.

Para Presidir el Tribunal el Ministerio nombró al Prof. Dr. JORGE CARRERAS LLANSANA.

El Prof. GUASP alegó causa para no acudir y fue sustituido en la Presidencia por el Prof. Dr. MANUEL MORÓN, Catedrático de la Universidad de La Laguna, Tenerife.

XII. IMPOSIBILIDAD DE CONSTITUIR EL TRIBUNAL

Todos los profesores integrantes del Tribunal del Concurso estaban reunidos en el Salón de Grados. Los alumnos debieron ver que con ellos estaba el

Dr. Carreras (que, lógicamente tenía el cometido de la recepción de los miembros del Tribunal) y se concentraron en los accesos al Salón de Grados. Gritaban consignas y entonaban cantos alusivos a la situación. El motín impedía la celebración del acto universitario programado. Yo pude comunicarme con ellos y les pedí a los líderes el favor de que permitiesen celebrar el acto y al final pudo acordarse realizar la constitución en un salón situado en la calle Egipcíacas, detrás de Las Ramblas, y allí realizar la constitución del Tribunal, la presentación de los opositores y los ejercicios del concurso.

Había la dificultad de permitir que pudiesen salir los miembros del Tribunal, que seguían encerrados en el Salón de Grados. Me ofrecí a intermediar con los alumnos y solicité su ayuda. Los líderes de los alumnos accedieron y los que bloqueaban el acceso al Salón de Grados se retiraron y pudieron salir los profesores allí reunidos. Todos nos dirigimos a la calle Egipcíacas, donde el Tribunal convocó el comienzo de los ejercicios, después de realizar el correspondiente sorteo para establecer el orden de actuación.

XIII. ENFERMEDAD

Aquella situación me produjo un tremendo "estrés", con fiebres y una muy fuerte congestión bronquial. El día de comienzo de los ejercicios el Tribunal tuvo la amable deferencia de retrasar el inicio una hora y permitirme que actuase el último de los concursantes para procurar un mayor descanso.

XIV. PRIMER EJERCICIO

Realizado el sorteo, el primer ejercicio (común para todos, por ser un ejercicio de contraste entre todos los concursantes) fue la "*Valoración de la prueba*". Al ser un ejercicio común para todos los concursantes, el Tribunal podría valorar las fuentes bibliográficas que cada uno había utilizado: qué autores y qué fuentes bibliográficas cada uno había utilizado para realizar la exposición.

Se distinguían dos grupos de exposiciones: los que seguían elaboraciones más recientes (publicadas en revistas científicas o en monografías) y los que atendían preferentemente a las fuentes "clásicas", de los autores más consagrados, vg. Chiovenda, Stein, Carnelutti, Calamandrei, Redenti, Micheli, Rosenberg...

Los coautores, que actuaron previamente, se decantaron por las exposiciones de revistas y monografías relativamente recientes. Al contrario, preferí realizar una exposición sistemática inspirada en la doctrina española y extranjera más autorizada.

XV. APARECE SENTIS MELENDO

Terminada mi exposición, cuando estaba recuperando las reseñas y documentos utilizados, un hombre con gesto grave, andar pausado y aspecto severo, cruzó el salón y se dirigió a la mesa donde yo estaba recogiendo las notas y fotocopias de lo que acababa de exponer. Con voz grave me dijo:

“Soy Santiago Sentís Melendo”.

“Vengo a felicitarle”. “Vd. ha levantado el diapasón de este concurso”.

Me emocionó tanto aquella felicitación, que provenía de un procesalista famoso en Europa y en Hispanoamérica, que apenas pude articular unas palabras de agradecimiento. Después supe que estaba en Barcelona, donde solía venir cada año para visitar la tumba de su esposa, en Sant Feliu de Llobregat, y visitar a sus amigos y al informarse de que se desarrollaba el Concurso de Derecho Procesal decidió asistir.

Interpreté de inmediato las razones por las cuales mi exposición había sido tan del agrado del Prof. Sentís. En mi trabajo estaban presentes los grandes procesalistas españoles, varios de los cuales constituían el Tribunal. Pero lucían gloriosos los nombres de los grandes maestros: Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Stein, Rosenberg, Schönke, Redenti, con las frases expresivas del pensamiento de cada autor, igual que las del propio Sentís Melendo, que se veía permanentemente recordado porque en mi exposición había seguido y citado sus traducciones. Él también habría disfrutado “oyéndose” como traductor y editor de esas grandes obras clásicas de nuestra disciplina. Creo que esa fue la gran novedad que había aportado con mi trabajo frente a los de los demás compañeros, que habían preferido seguir elaboraciones más recientes tomadas de revistas científicas o de monografías, pero que no tenían la relevancia científica ni la belleza expositiva de los grandes procesalistas, que estarán siempre entre los mejores

juristas de todos los tiempos. ¡Y qué bien supo Sentís traer al idioma de Cervantes aquellas expresiones y aquellas metáforas que lucían en un texto científico como refulgentes pedrerías dotadas de tanta belleza expresiva! Esa circunstancia se complementaba con otra, que también venía como “anillo al dedo”: el Tribunal que juzgaba el concurso estaba integrado por nuestros más eminentes procesalistas (a los que he llamado “los fundadores” de nuestro Derecho Procesal, que representaban en España la nueva construcción científica de una asignatura que se había elaborado hacía un siglo en Alemania y que hacía años había sido asimilada y explicada por la mejor doctrina italiana y española, tan bien representada en el Tribunal que juzgó aquel Concurso).

XVI. OPINIONES EN EL TRIBUNAL

Realizados los ejercicios y después de concluido el concurso tuve algunas confidencias de las opiniones que se habían expresado en el Tribunal al comenzar los debates.

Gustó especialmente el primer ejercicio, que fue muy alabado: “La valoración de la prueba”. Se me otorgó la máxima calificación.

El Prof. Morón me dijo: “tú no has creado problema al Tribunal; todos te elegimos como el mejor”.

El Prof. Carreras me comentó que al iniciarse la deliberación comenzó tomando la palabra el Prof. Gómez Orbaneja y dijo: “el mejor ha sido Vázquez Sotelo. Después coloquemos a los demás”.

XVII. SEGUNDO EJERCICIO

Al siguiente día, se insaculó un tema del programa de cada concursante. El que me correspondió a mí fue el de las “Teorías sobre la acción procesal”.

No debí estar en tan buena forma como en el ejercicio anterior porque el Prof. Gordillo, con su rigor y su precisión exquisita, me rebajó un poco su puntuación frente a la máxima que me había otorgado en el ejercicio anterior.

XVIII. CALIFICACIONES

Con todo, la calificación de mis dos ejercicios fueron las mejores de aquel concurso. Solo que el Prof. de Madrid, Dr. Nicolás González Deleito, que presentaba el Prof. Prieto-Castro como su discípulo (ya que había trabajado con él muchos años en su cátedra), sería el que en la fase de proclamación de aprobados encabezaría la lista.

Nicolás era un genuino "liberal". Cuando superamos este concurso y pretendimos acceder a la Cátedra de Derecho Procesal me comentó: "sé que algunos de esos (en referencia a una conocida escuela universitaria) alegan que a mí me queda poco tiempo de servicio activo y no vale la pena sacrificar una cátedra" y añadió "Pero yo estoy dispuesto a luchar por ella aunque sólo sea para ponerme ese grado en la escuela de defunción o en la lápida del cementerio".

XIX. CAMBIO DEL MINISTRO Y DEL GOBIERNO

No tardó mucho en producirse el cambio del Ministro de Universidades y de todo el Gobierno. Fue el nuevo Ministro Mayor Zaragoza el que suavizó cuanto pudo la situación e incluso se preparó un Decreto sobre enseñanza en las escuelas de las lenguas regionales (algo que debería haberse hecho muchos años antes). A Sentís Melendo le ofrecieron el reingreso en el servicio activo de la carrera judicial, a la que él había pertenecido antes de tener que exiliarse en Argentina, cuando menos para alcanzar una jubilación. Pero en uno de los homenajes que le dimos recuerdo que me dijo: "yo no cambio cuarenta años de buena conducta por una jubilación". Hay que tener en cuenta que el negocio editorial que él fundó (EJEA, en Buenos Aires) funcionaba muy bien.

Tiempo después se reorganizó el Gobierno y se nombró Ministro a un jurista "del Movimiento" y de procedencia falangista, el Abogado del Estado Dr. Cruz Martínez Esteruelas. Llamó al Prof. Carreras Llansana y le dijo claramente: "Prof. Carreras, tengo que cesarte. Así no podemos tener la Universidad".

XX. LA BANALIDAD

¿Queda hoy algo de aquella Universidad? ¿Valió la pena tanto sacrificio?

La selección mediante severas oposiciones ha desaparecido.

La LRU trajo los "idóneos" y los aprobados sin Tesis doctoral a los que se concedieron cinco años para hacerla. Luego vinieron las "habilitaciones" y las "acreditaciones". Una Agencia Estatal hace las valoraciones, a veces sin contar con profesores especializados.

El Derecho procesal hoy se enseña en las tertulias de radio y de TV utilizando casos de resonancia social.

Las obras de valor científico no interesan y no se venden. Hay varios casos de Magistrados ilustres que actualizaron obras clásicas, de comentarios y formularios, que ya no interesan.

Cuando en 1984 escribí "La Presunción de inocencia" no había nada sobre el tema y ahora en cualquier tertulia se pontifica al respecto, haciendo gala los contertulios de turno de una supuesta erudición de la que carecen (pido disculpas a quienes puedan ser dignas excepciones).

El Prof. Cachón, que ha dedicado muchas páginas a hacer la historia de acontecimientos y biografías importantes para nuestra disciplina, tiene escrito que hay escaso interés en conocer a nuestros precursores y sus circunstancias fundamentales.

Un día de no hace muchos años me visitó un representante de una muy importante editorial jurídica. Me ofreció si quería encargarme de dirigir una revista. Me enseñó las que ya editaban de "otras especialidades" y les faltaba la de Derecho Procesal. Todas se titulaban "Revista PRACTICA de" (llevaba insertada una flecha con la especialidad a la que se iba a dedicar la revista). Sólo lo que se cree que es "practico" importa y vale. No se recuerda que el gran Leonardo, que diseñó e inventó tantas cosas útiles, dejó escrito que "Los teóricos somos los capitanes. Los prácticos son los soldados". La teoría, siempre que sea buena teoría, es siempre útil. Es así como ha de entenderse aquella recomendación del gran tratadista italiano Scialoia de hacer una "ciencia útil".

Un semanario de prensa dedicaba hace algunos años un suplemento a los Despachos de Abogados y de Economistas y respecto de cada uno anotaba el aumento de sus ingresos. La calidad de su trabajo se medía (sólo) por el incremento de los ingresos "antes de impuestos". Hay toda una labor de evangelización que

hacer en este campo. La calidad del trabajo del abogado no se traduce siempre y necesariamente en un incremento de los rendimientos económicos del bufete. Hay otros muchos factores a tomar en consideración.

A la carrera de Derecho que yo estudié con gran sacrificio ponía punto final una fiesta académica, extraordinaria por su finura y su calidad, a la que colaboraron los catedráticos de la Universidad Complutense. Fue la "Fiesta del Rollo" de 1957. Los Profesores cuando eran aludidos en las pequeñas muestras que a ellos se referían se levantaban, sonreían y saludaban. Todos menos uno, de quien decían que estaba allí porque pertenecía a una conocida familia (el coro cantaba "la culpa la tuvo ella, que se casó con Castiella") y fue nombrado Secretario del Banco de España (el coro decía en hablar "macarrónico": "en la Secretaría del Banco a la peseta cambió, aumentóla de tamaño y dejóla sin valor"). Recordar hoy aquellas manifestaciones de valor cívico es de gran interés frente a los que creen que en aquel tiempo los criterios de dignidad y de civismo estaban muertos o sepultados bajo el erial de la incultura.

Luego vinieron las revoluciones tecnológicas. Pero hay una cosa que no nos podrán quitar todas las renovaciones tecnológicas habidas y por haber: la estampa del viejo caserón de la calle San Bernardo que albergó durante tantos años una de las Universidades más prestigiosas, donde tan excelentes lecciones de derecho pudieron oírse. Tampoco nos podrán quitar nunca el recuerdo de la nueva Facultad de la Ciudad Universitaria construida "a cien por hora" para retirar a los estudiantes del centro de Madrid cuando había manifestaciones. Y a los de la promoción de 1952-1957 el Discurso de presentación de la "Fiesta del Rollo" que pronunció el Magíster que nos representó a todos los que aprendimos Derecho en aquellos cursos explicados por Profesores irrepetibles.

LOS JUICIOS DE DESAHUCIO EN LA LEC DE 1881 (1881-2000)

Antonio José Vélez Toro

Abogado y Doctor en Derecho (Universidad de Granada)¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. OBJETO. III. COMPETENCIA. IV. LEGITIMACIÓN. V. PROCEDIMIENTO. 1. Demanda. 2. Admisión, citación y emplazamiento. 3. La enervación. 4. Juicio verbal. 5. Sentencia. VI. RECURSOS. VII. EJECUCIÓN. VIII. ESPECIALIDADES PROCESALES EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. IX. ESPECIALIDADES PROCESALES EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.

I. INTRODUCCIÓN

La LEC de 1881 dedicaba el Título XVII del Libro II a los juicios de desahucios, comprendiendo los arts. 1561 a 1608, ambos inclusive, distribuidos en tres secciones titulados, sucesivamente, "*Disposiciones Generales*" (arts. 1561 a 1569), "*Del procedimiento para el desahucio*" (arts. 1570 a 1594) y "*De la ejecución de desahucio*" (arts. 1595 a 1608)². De este modo, el juicio de desahucio constituía

¹ El presente trabajo se ha realizado en el Grupo de Investigación SEJ-422 "Estudios Procesales". Departamento de Derecho Procesal y Derecho Eclesiástico del Estado. Área de Derecho Procesal. Universidad de Granada.

² Véase, HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, 8.ª ed., Madrid, 1979, pp. 17, ss.; PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, Vol. II, 2.ª ed., Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985, pp. 41, ss.; GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de ARAGONES, P.), Tomo II, Madrid, Civitas, 1998, pp. 223, ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V., *Procesos Civiles Especiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 65, ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, 4ª ed., Madrid, Ceura, octubre 1995 (reimpresión junio 1996), pp. 324, ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., en MONTERO AROCA, J., (COORD.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 683, ss.; MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. III, 2.ª ed., Madrid, Trivium, 1994, pp. 159, ss.; LÓPEZ-BARAJAS SEGURA, J. M., en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ (Dir.), *Estudios sobre Derecho Procesal*, Vol. I, Cap. I y II, 1.ª ed., 1996, Madrid, pp. 803, ss.; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo VII, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1958, pp. 5, ss.

un juicio verbal independiente del juicio verbal por razón de cantidad³, con una regulación propia.

El juicio de desahucio podría ser definido como todo aquel procedimiento declarativo, especial y sumario, que tiene por objeto la plena recuperación de la finca en precario o dada en arrendamiento⁴. La LEC de 1881 procedió a diversificar el procedimiento de desahucio en atención a la materia y la cuantía, generando tres procedimientos de desahucio⁵.

El ámbito del juicio de desahucio iba dirigido a proteger los derechos del propietario, usufructuario y demás titulares con derecho a poseer y disfrutar un inmueble contra los arrendatarios, subarrendatarios y precaristas⁶. Su naturaleza era claramente sumaria, por limitarse el objeto de estos procesos⁷.

La regulación de la LEC de 1881 hubo de convivir con la legislación que en materia de arrendamientos urbanos y rústicos fue dictándose a lo largo del siglo XX, con normas procesales propias y remisiones a la LEC de 1881⁸.

³ Sobre el juicio verbal de cantidad en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, véase, VÉLEZ TORO, A. J., «El juicio verbal ordinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (1881-2000)», *e-Legal Review*, 28 (2018), pp. 1-34.

⁴ Cfr., HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., p. 17, definía el juicio de desahucio como aquel “juicio declarativo especial y sumario que tiene por finalidad la resolución de un contrato de arrendamiento, o figura afín (o la cesación de la situación de precario) y la recuperación de la cosa (inmueble) por quien tiene derecho a ello”. Por su parte, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER en MONTERO AROCA, (COORD.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 1998, op. cit., p. 684, indica que “los llamados juicios por desahucio de la legislación común son procesos declarativos especiales que tienen por finalidad, fundamentalmente, la recuperación de la cosa arrendada”. Más limitada es la definición de JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., p. 224: “Con el nombre de juicio de desahucio se designa a aquel proceso de cognición, constitutivo, y especial por razones jurídico-materiales, que tiene por objeto la pretensión de resolución de un contrato de arrendamiento, o figura afín, y la devolución de la cosa arrendada al pretendiente”.

⁵ La LEC de 1855 regulaba el desahucio como juicio verbal especial en sus arts. 636 a 672.

⁶ Véase, GÓMEZ COLOMER, J. L., en MONTERO AROCA, J., (COORD.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 684.

⁷ En este sentido, véase, DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, 1995, op. cit., p. 326.

⁸ Así, la Ley de 19 de julio de 1944 de Bases para la reforma de la Justicia Municipal (BOE 2013, de 21 de julio de 1944), dispuso en su Base X (normas procesales) que «La [tramitación] de los

II. OBJETO

El objeto de la acción de desahucio remitía a las causas para la acción de desahucio, que podían ser:

- De un lado, las causas de resolución contractuales recogidas en el art. 1569 C.C., a tenor de las cuales el arrendador podía y puede desahuciar judicialmente al arrendatario por:
 - 1º Haber expirado el término convencional o el que se fija para la duración de los arrendamientos.
 - 2º Falta de pago en el precio convenido.
 - 3º Infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato.
 - 4º Destinar la cosa arrendada a usos o servicios no pactados que la hagan desmerecer o no sujetarse a su uso.
- De otro, la posesión de inmuebles en precario; es decir, sin título y sin pagar alquiler alguno (art. 1565.3º LEC de 1881)⁹. Y, por último, las relaciones expresamente excluidas por la legislación especial de arrendamientos urbanos y rústicos (v.gr., arrendamientos y cesiones de viviendas a militares, empleados y funcionarios).

juicios especiales en materia de arrendamientos rústicos y urbanos [cuyo conocimiento se atribuya por esta Ley a los Jueces municipales, comarcales y de paz, se acomodará] a lo determinado por la reguladora del procedimiento civil, según la legislación que les es privadamente aplicable». Esta norma fue desarrollada por el artículo 19 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 por el que se desarrolla la Base décima de la Ley de 19 de julio de 1944 sobre normas procesales de la Justicia Municipal, que bajo la leyenda “Juicios sobre Arrendamientos”, decía: «*Los juicios en materia de arrendamientos rústicos y urbanos regulados por Leyes especiales se tramitarán y resolverán conforme a los procedimientos que las mismas determinan*».

⁹ GÓMEZ COLOMER, J. L., en MONTERO AROCA, J., (COORD.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 685, añadía específicamente también la acción de desahucio dirigida contra los administradores, encargados, porteros o guardas puestos por el propietario en sus fincas (art. 1565.2º LEC DE 1881); relaciones que dimanaban de la relación laboral y que fueron absorbidas, en parte, por la jurisdicción social.

III. COMPETENCIA

La distribución de la *competencia objetiva* originó sendos procedimientos hasta la reforma operada por la Ley 10/1992¹⁰. De acuerdo con la redacción originaria de la LEC de 1881, la competencia para conocer en todo tipo de desahucios se atribuía a los *Juzgados Municipales o Comarcales*. A partir de la Ley 46/1966, de 23 de julio, a los *Juzgados de primera instancia* se les atribuía la competencia para los desahucios de locales de negocio y para arrendamientos rústicos cuyas rentas anuales fueren superiores a 1.500 ptas. (art. 1563 LEC de 1881), cuantía que fue elevada, a 2.500 ptas. anuales por la reforma operada por la Ley 46/1966, y a 50.000 ptas. anuales, a partir de la Ley 34/1984¹¹. No obstante, desde la Ley 46/1966, de 23 de julio y hasta la reforma de 1984, el desahucio por precario se atribuyó en todos los casos a los Juzgados Municipales o Comarcales. Finalmente, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, anuló dicho artículo 1562, y dio una nueva redacción al art. 1563, ambos de la LEC de 1881, procediendo a unificar la competencia objetiva para todo tipo de desahucios ante los Juzgados de Primera Instancia¹².

Cuando la competencia objetiva correspondía a los juzgados municipales o comarcales o, en su caso, a los Juzgados de Primera Instancia, la competencia territorial venía fijada por el lugar en el que esté situada la finca (ex-arts. 63.11^a y 1562 LEC de 1881). Posteriormente, cuando los Juzgados de Primera Instancia fueron los únicos competentes (Ley 10/1992, de 30 de abril), el fuero aplicable pasó a ser electivo para el demandante, pues podía optar entre el lugar en que estuviere sita la cosa litigiosa o el domicilio del demandado¹³.

¹⁰ Véase, DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, op. cit., p. 326.

¹¹ Cfr., HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., pp. 19, s.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., p. 44.

¹² Véase, GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de ARAGONESES, P.), T. II, op. cit., p. 225.

¹³ En este sentido, MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. III, op. cit., p. 161, manifestaba la duda de si era posible o no el juego de la sumisión de las partes, expresa o tácita, por aplicación de los arts. 58 y concordantes de la LEC DE 1881.

Para la segunda instancia, la *competencia funcional* se atribuía, en el caso de los juicios atribuidos a los Juzgados Municipales y Comarcales, a los Juzgados de Primera Instancia, salvo en materia de desahucio por precario, cuya apelación se dirimía en la Audiencia Provincial, a partir de la Ley de 20 de junio de 1968 (ex-art. 1.1.d)¹⁴. Por su parte, los procesos atribuidos en primera instancia a los Juzgados de Primera Instancia, eran revisables en apelación ante las Audiencias Provinciales.

IV. LEGITIMACIÓN

La *legitimación activa* la ostentaban los poseedores mediatos, tales como propietarios, usufructuarios o cualquier otro título que diera derecho a disfrutar del bien inmueble y sus causahabientes¹⁵.

La *legitimación pasiva* correspondía al arrendatario o subarrendatario y sus sucesores, administradores, porteros y guardas, así como el ocupante sin título (precarista), siempre que fuera requerido con un mes de antelación¹⁶.

En cuanto a la *postulación*, ante los Juzgados Municipales y Comarcales no era obligada la utilización de procurador en ningún caso, pero resultaba preceptiva la intervención de procurador y abogado para los desahucios ante los Juzgados de Primera Instancia (ex-arts. 4 y 10 LEC de 1881)¹⁷.

¹⁴ HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., p. 24.

¹⁵ En este sentido, véase, HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., p. 20; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., p. 46; GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de ARAGONESSES, P.), Tomo II, op. cit., p. 225; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, 1995, op. cit., p. 326.

¹⁶ Véase, HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., pp. 20, s.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., pp. 46, s.; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, op. cit., pp. 326, s.; GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de ARAGONESSES, P.), T. II, op. cit., pp. 225, s.; GÓMEZ COLOMER, J. L., en MONTERO AROCA, J., (COORD.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 685; MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. III, op. cit., pp. 163, s.

¹⁷ Cfr., HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., p. 21; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, op. cit., p. 327.

V. PROCEDIMIENTO

1. Demanda

Hasta la unificación de los procedimientos de desahucio de la LEC de 1881 en 1992, el proceso comenzaba mediante una simple demanda, redactada conforme al juicio verbal, bastando la identificación de las partes y la pretensión que se deducía (ex-arts. 1571-1584 LEC de 1881), acompañada de las copias necesarias en papel común¹⁸. Sin embargo, debían de iniciarse mediante demanda ordinaria los procesos de desahucios relativos a locales de negocio y arrendamientos rústicos de determinada cuantía (arts. 1587-1594 LEC de 1881)¹⁹. A partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, el proceso de desahucio se unificó en la LEC de 1881, desapareciendo las particularidades de éste último²⁰.

La demanda debía acreditar la legitimación de las partes, a lo que se añadía para el desahucio por precario el previo requerimiento con un mes de anticipación a la interposición de la demanda (ex-art. 1565.3º LEC de 1881). El suplico de la demanda, en cualquier caso, debía contener la pretensión de desahucio²¹.

La acumulación de acciones no estaba permitida, salvo que se instara la acción de desahucio por diversos motivos (v.gr., falta de pago e incumplimiento de contrato).

2. Admisión, citación y emplazamiento

El trámite de admisión de la demanda estaba dirigido a verificar que ésta reunía los requisitos establecidos legalmente. En el mismo acto, el juez admitía la

¹⁸ Véase, HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., pp. 22, s.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., pp. 49, ss.; GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de ARAGONESSES, P.), Tomo II, op. cit., p. 227.

¹⁹ Véase, HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., pp. 24, s.

²⁰ Véase, MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. III, op. cit., pp. 166, s.

²¹ Véase, GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de ARAGONESSES, P.), Tomo II, op. cit., p. 226.

demanda y convocaba a las partes a juicio verbal, para cuya celebración señalaba día y hora, dentro de los seis días siguientes, debiendo mediar como mínimo tres días, entre la citación al demandado y la celebración del juicio (art. 1572.II LEC de 1881).

Al demandado, con la citación, se le entregaba copia de la demanda (ex-art. 1572.III LEC de 1881), pudiéndose hacer la entrega de la copia y de la cédula al pariente más cercano, familiar o criado mayor de 14 años que se hallare en casa y, en otro caso, al vecino más próximo, de conformidad con el art. 1573 LEC de 1881.

3. La enervación

La enervación podía y puede ser definida como el derecho del arrendatario a detener el proceso de desahucio por falta de pago, mediante la consignación de las cantidades adeudadas ante notario o ante el Juzgado (ex-art. 1563 LEC de 1881)²². La enervación fue introducida en la LEC de 1881 por la reforma de la Ley 46/1966, de 23 de julio, con el objetivo de proteger al arrendatario en una época marcada por las necesidades del crecimiento industrial y urbano. Como dicha prerrogativa se podía ejercer de modo ilimitado²³, a partir de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, fue reducida a una sola vez²⁴.

4. Juicio verbal

1.- Si la parte demandante no comparecía al juicio de desahucio, se le tenía por desistido, conforme a las reglas generales, con imposición de costas. Y si el demandado no comparecía, el Juez dictaba sentencia inmediatamente, declarando el desahucio y apercibiendo de lanzamiento si no desalojaba dentro del término correspondiente, conforme al art. 1578 LEC de 1881. Sin embargo, antes

²² PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., p. 53, consideraba la enervación como motivo de sobreseimiento del proceso de desahucio por falta de pago.

²³ El proceso de desprotección del arrendamiento urbano se inició con el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, que incentivaba la compra de vivienda (art. 7), al tiempo que limitaba la cláusula forzosa en los arrendamientos urbanos (art. 9).

²⁴ Véase, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATEÑA, V., *Procesos Civiles Especiales*, op. cit., pp. 68, s.; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, op. cit., p. 329, ss.

de la unificación operada por la reforma de 1992, la incomparecencia del demandado en juicios por desahucios de locales de negocio y para arrendamientos rústicos a partir de determinada cuantía no tenía consecuencia automática de acordar el desahucio, pues era potestativo del Juez estimar si lo consideraba procedente, conforme al art. 1593 LEC de 1881.

Conforme al art. 1580 LEC de 1881, el *juicio verbal* comenzaba con una exposición o alegaciones del demandante, tras lo cual se daba la palabra para contestar a la parte demandada²⁵.

Seguidamente, se proponían y practicaban las pruebas, sin restricción alguna, si bien, el art. 1579.II LEC de 1881 limitaba las pruebas, en el juicio por falta de pago, a la confesión judicial y al documento o recibo en que constase la verificación del pago. La prueba debía practicarse en el mismo acto, uniéndose los documentos a los autos²⁶.

Al día siguiente de practicarse la prueba, el Juez citaba a las partes para la continuación del juicio verbal. En este se oía a las partes o a las personas que eligiesen para hablar en su nombre y se extendía un acta, la cual, finalmente, era firmada por el Juez, interesados, testigos y el actuario. En realidad, a nuestro entender constituía una fase de conclusiones propiamente dicha²⁷.

2.- En el procedimiento de desahucio sobre locales de negocio y de arrendamientos rústicos de determinada cuantía, si el demandado comparecía y formulaba oposición al desahucio, el juez daba por terminado el acto, continuando el juicio por los trámites de los incidentes (ex-art. 1594 LEC de 1881)²⁸. Esta particularidad perduró hasta su eliminación por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

²⁵ Véase, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., p. 50.

²⁶ Véase, Cortés Domínguez, V., en Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V., y Moreno Catena, V., *Procesos Civiles Especiales*, 1995, op. cit., p. 68.

²⁷ Cfr., Prieto-Castro y Ferrándiz, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., p. 50, s., denominaba a esa fase final y separada del juicio verbal por desahucio de “*Una última comparecencia obligatoria*”.

²⁸ Véase, Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo VII, op. cit., p. 92, ss.; Herce Quemada, V., en Gómez Orbaneja, E., y Herce Quemada, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., p. 25.

5. Sentencia²⁹

Una vez concluido el juicio, el Juez dictaba sentencia en los tres días siguientes declarando haber lugar o no al desahucio (ex-art. 1581 LEC de 1881). La sentencia estimatoria debía contener el apercibimiento de lanzamiento para el caso de que el demandado no abandonase la finca dentro del plazo que fijaba la propia sentencia.

Por último, la sentencia se pronunciaba sobre costas, de conformidad con el art. 1582 LEC de 1881.

VI. RECURSOS

La sentencia era apelable, en ambos efectos (art. 1583.I LEC de 1881), ante el Juzgado de Primera Instancia, si había sido dictada por los Juzgados Municipales o Comarcales hasta su supresión, y cuando se unificó la competencia objetiva en los Juzgados de Primera Instancia conocerían de las apelaciones las Audiencias Provinciales. El plazo para recurrir era de tres días³⁰.

La sentencia estimatoria únicamente era recurrible previo pago o consignación de las rentas vencidas (ex-art. 1566 LEC de 1881), en otro caso, no se admitía el recurso de apelación o en su caso, de casación. Dicho instituto ya fue introducido por la LEC de 1855 y estaba destinado a evitar la picaresca de recurrir para impedir el lanzamiento.

El Tribunal Constitucional ratificó en la STC 121/1990, de 2 de julio, la constitucionalidad de la consignación de rentas vencidas como premisa necesaria para

²⁹ Véase, Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo VII, op. cit., pp. 81, s.; Herce Quemada, V., en Gómez Orbaneja, E., y Herce Quemada, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., p. 23; Prieto-Castro y Ferrándiz, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., p. 51, s.; De la Oliva Santos, A., en De la Oliva, A., y Fernández, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, op. cit., pp. 329, s.; Guasp Delgado, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de Aragoneses, P.), T. II, op. cit., pp. 228, s.

³⁰ Cortés Domínguez, V., en Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V., y Moreno Catena, V., *Procesos Civiles Especiales*, op. cit., p. 69.

recurrir³¹, añadiendo el deber de seguir pagando la renta y cantidades debidas, o consignándolas mientras se sustanciaba el recurso correspondiente.

Por último, las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales tuvieron acceso al recurso de casación ante la Sala 1ª, o de lo Civil, del Tribunal Supremo, dependiendo del periodo y siempre que superasen determinada cuantía. Así, la LEC de 1881 inicialmente permitía el recurso de casación en materia de desahucios, sin embargo, se vetó el acceso de los desahucios a la casación por disposición expresa de la Ley de Justicia Municipal de 5 de agosto de 1907 (art. 28). Posteriormente, se permitía el acceso al recurso de casación para desahucios que no fueren por falta de pago (a partir de la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto), siempre que la cuantía de los procedimientos declarativos lo permitiera. Esta fue modificándose hasta partir de un mínimo de renta anual en los arrendamientos de vivienda de un millón y medio de pesetas, y en locales de negocio, de seis millones de pesetas, tras la reforma operada por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (art. 1687.3º LEC de 1881).

VII. EJECUCIÓN

La sentencia que estimaba el desahucio era ejecutada por el mismo juzgado que conoció en primera instancia³². La ejecución se hacía a instancias del actor, procediendo a apercibir de lanzamiento al demandado, dándole el plazo voluntario de ocho días si era vivienda habitada, de quince días si era local de negocio y de veinte días, cuando se tratase de una explotación agraria con vivienda. Por el contrario, si el desalojo versaba sobre fincas rústicas o urbanas no habitadas, se llevaba a efecto inmediatamente, sin plazo de gracia (ex-arts. 1596-1599 LEC de 1881). Al ejecutar el lanzamiento se podían embargar y retener bienes para

³¹ Véase, Herce Quemada, V., en Gómez Orbaneja, E., y Herce Quemada, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., p. 21.; De la Oliva Santos, A., en De la Oliva, A., y Fernández, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. IV, op. cit., p. 332; Cortés Domínguez, V., en Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V., y Moreno Catena, V., *Procesos Civiles Especiales*, op. cit., p. 69; Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo VII, op. cit., pp. 61, s.; Marina Martínez-Pardo, J., en Albácar López, J. L., (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. III, op. cit., p. 165.

³² Véase, GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de ARAGONESES, P.), T. II., op. cit., pp. 229, s.

cubrir las costas, procediendo a vender los bienes, previa tasación por perito o peritos judiciales (arts. 1601 y 1603 LEC de 1881). Igualmente, se podían embargar los bienes necesarios para abonar las rentas impagadas, así como los desperfectos (art. 1602 LEC de 1881).

Por último, en materia de arrendamientos rústicos existía un incidente que se tramitaba conforme al juicio verbal en relación al estado de la cosecha, que reclamaba el arrendatario al objeto de valorar las labores, plantíos, o cualquier otra cosa que haya quedado en la finca, para lo cual se extendía diligencia en el momento del desalojo. Si el arrendatario formulaba la reclamación, se procedía a su avalúo por peritos, tras lo cual se celebraba el correspondiente juicio verbal ante el propio juez que hubiera conocido del desahucio y de su ejecución, siempre que no superase determinadas cuantías³³ y a partir de la reforma de 1992, a cualquier cuantía, sin limitación³⁴. Si el arrendatario quería reclamar perjuicios o mejoras, debía acudir al juicio declarativo correspondiente (ex-art. 1608 LEC de 1881)³⁵.

VIII. ESPECIALIDADES PROCESALES EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

a. En materia de arrendamientos urbanos, la Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 y su texto articulado aprobado por Decreto-Ley de 13 de abril de 1956 bifurcó los procedimientos judiciales en materia de

³³ La reclamación por daños y por labores y plantíos debería de no superar las 250 pesetas para tramitarse en ejecución de sentencia como juicio verbal. A partir de la Ley 46/1966, de 23 de julio, se amplió el tope de las reclamaciones por daños y labores y plantíos hasta 50.000 pesetas. Que a su vez, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, ampliaba hasta 500.000 pesetas hasta la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

³⁴ Cfr., PUCCI REY, M., *El Juicio Verbal Ordinario*, Tesis Doctoral (Director Dr. D. Pedro Aragoneses Alonso), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, pp. 141, s., que consideraba como juicio verbal la “reclamación de justiprecio de las labores y plantíos”.

³⁵ Véase, MARTÍNEZ-PARDO, J. M., en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. III, op. cit., pp. 173, s.

arrendamientos urbanos de viviendas y locales de negocio, entre juicio verbal e incidental y juicio de cognición^{36 37}.

De un lado, reservó el juicio verbal de desahucio, contenido en los arts. 1571 a 1582 de la LEC de 1881, únicamente para resoluciones de contratos por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas. No obstante, amplió el periodo de prueba a treinta días y reguló específicamente la enervación, posibilitando la reconvencción por el demandado y disponiendo normas propias sobre recursos y sobre ejecución³⁸. Y, de otro lado, derivó el resto de reclamaciones judiciales hacía el nuevo juicio de cognición, contenido en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 (ex-arts. 124 y 125 del Decreto-Ley de 13 de abril de 1956).

b. El Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Re-fundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por su parte, mantuvo la pluralidad de procedimientos y particularidades en sus arts. 124 a 129³⁹.

³⁶ Para una visión de conjunto, véase, MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo VII, op. cit., pp. 116, s.

³⁷ Sobre las políticas intervencionistas en materia arrendaticia, cfr., GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La interdicción general de la acción de desahucio en el derecho histórico español. Una reflexión histórica para tiempos de crisis», *e-SLegal History Review*, nº 15 (2013), s/p. No obstante, mostramos nuestra discrepancia respecto a la visión del régimen franquista respecto a las causas de la rigidez del régimen de arrendamientos urbanos cuando afirma que *“El régimen franquista asumió como propio ese especial paisaje urbanístico centrado en torno a la propiedad privada como modelo urbano más apto para la consolidación del tipo de sociedad centrada en torno a los valores de la familia, la estabilidad y el ahorro, formada fundamentalmente por un tipo de mano de obra poco cualificada, no susceptible de reconversión, ni de adaptación a los cambios. Al hacerlo así se vino a desconocer la virtualidad que tiene el alquiler como medio para promover el desarrollo económico y la generación de riqueza, que exige modelos más flexibles que permitan desarrollar la iniciativa privada”*. Por contra, consideramos que sin una protección del arrendatario hubiese sido muy difícil la transferencia de población agraria a los grandes núcleos urbanos e industriales. En otras palabras, no descartamos en el seno del franquismo una pugna a favor del capitalismo financiero e industrial frente a la clase rentista y propietaria que se articularía a través de la Ley Hipotecaria (1946), la Ley de Propiedad Horizontal (1960) y que culminaría con la Ley de Arrendamientos Urbanos (1964).

³⁸ El derecho de retracto en materia de fincas urbanas se tramitaba por el procedimiento de retracto de la LEC DE 1881, que remitía al proceso incidental (arts. 1618 a 1630 LEC DE 1881).

³⁹ Véase, HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., pp. 94, ss.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., pp. 57, s.

c. Finalmente, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos reservó para el juicio verbal los procedimientos de desahucio de viviendas y locales de negocio por las siguientes causas: (1) falta de pago de renta y cantidades asimiladas, (2) por extinción del plazo, (3) por precario, así como (4) la determinación de las rentas e importes a pagar por el arrendatario⁴⁰. El resto de materias se atribuyeron al juicio de cognición (ex-art. 39 LAU 1994)⁴¹.

De singular importancia resultó el mantenimiento de la vigencia de la LAU de 1964, para aquellos contratos celebrados a su amparo, al tiempo que debían tramitarse cualesquiera litigios sobre dichos contratos conforme a las normas procesales dispuestas por la LAU de 1994 (ex-Disposición Transitoria Sexta de la LAU 1994).

IX. ESPECIALIDADES PROCESALES EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

La legislación específica en materia de arrendamientos rústicos vino dada por la Ley de 15 de marzo de 1935, la Ley de 28 de junio de 1940, Ley de 23 de julio y de 10 de noviembre de 1942, Ley de 17 de julio de 1953 y Ley de 15 de julio de 1954, refundidas en el Reglamento de 29 de abril de 1959⁴². Esta normativa, finalmente, fue derogada por la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos.

⁴⁰ Véase, GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de ARAGONESES, P.), T. II, op. cit., pp. 242, s.

⁴¹ Véase, Cortés Domínguez, V., en Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V., y Moreno Catena, V., *Procesos Civiles Especiales*, op. cit., pp. 315, ss.; López-Barajas Segura, J. M., en Díez-Picazo Giménez y Martínez-Simancas y Sánchez (Dir.), *Estudios sobre Derecho Procesal*, Vol. I, Cap. I y II, 1.ª ed., Madrid, 1996, pp. 816, ss., y en especial, pp. 821, s.

⁴² Véase, MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo VII, op. cit., pp. 106, ss.; HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, op. cit., pp. 104, ss., en especial, pp. 107, s.

En síntesis, se reservó el juicio verbal para el desahucio por falta de pago (art. 128 LAR 1980), si bien se añadía normativa específica sobre enervación y determinación judicial de la renta (art. 131.b LAR 1980)⁴³. El resto de materias quedaron atribuidas al juicio de cognición y al juicio de retracto.

* * *

Consecuentemente, toda la normativa procesal de los juicios verbales de desahucio de la LEC de 1881 y por remisión de las leyes de arrendamientos rústicos y urbanos, ha resultado simplificada y reconducida a la regulación del juicio verbal por precario (ex-art. 250.1.2º LEC) y por impago de rentas o expiración del plazo contractual (art. 250.1.1º en relación al art. 447.2, ambos de la LEC).

Bibliografía

- DE CASTRO GARCÍA, J., en JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. III, 2.ª ed., Madrid, Trivium, 1994.
- DE DIEGO LORA, C., *La posesión y los procesos posesorios*, Vol. I, Madrid, Ediciones RIALP, S.A. (Estudio General de Navarra), 1962.
- GIMENO SENDRA, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V., *Procesos Civiles Especiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., en MONTERO AROCA, J., (coord.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, 4.ª ed. (a cargo de PEDRO ARAGONESES), T. II, Madrid, Civitas, 1998.

⁴³ Véase, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, op. cit., p. 62, s.; GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil* (a cargo de ARAGONESES, P.), Tomo II, op. cit., p. 231, ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V., *Procesos Civiles Especiales*, op. cit., p. 317, s.; GÓMEZ COLOMER, J. L., en MONTERO AROCA, J., (COORD.), *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 691.

- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La interdicción general de la acción de desahucio en el derecho histórico español. Una reflexión histórica para tiempos de crisis», *e-SLegal History Review*, nº 15 (2013), s/p.
- HERCE QUEMADA, V., en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, 8.ª ed., Madrid, 1979.
- LÓPEZ-BARAJAS SEGURA, J. M., en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ (Dir.), *Estudios sobre Derecho Procesal*, Vol. I, Cap. I y II, 1.ª ed., Madrid, 1996.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo VII (Artículos 1633 a 1650), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1958.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. III, 2.ª ed., Madrid, Trivium, 1994, pp. 230-235.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil (Proceso declarativo y proceso de ejecución)*, T. I y II, 2.ª ed., Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985.
- PUCCI REY, M., *El Juicio Verbal Ordinario*, Tesis Doctoral (Director Dr. D. Pedro Aragoneses Alonso), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ PÉREZ, M. C., en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ (Dir.), *Estudios sobre Derecho Procesal*, Vol. I, Cap. I y II, 1.ª ed., Madrid, 1996.
- VÉLEZ TORO, A. J., «El juicio verbal ordinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (1881-2000)», *e-Legal Review*, 28 (2018), pp. 1-34.

EL CIBERAGENTE EN LA LUCHA DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL¹

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad Carlos III de Madrid)

Miembro del Instituto "Alonso Martínez" de Justicia y Litigación

I. INTRODUCCIÓN

El agente encubierto como técnica de investigación se configura como uno de los instrumentos más controvertidos que existen en nuestro ordenamiento jurídico. El Estado no puede conseguir la represión de los delitos a cualquier precio, es necesario que los mecanismos utilizados sean acordes con el sistema de garantías y, por supuesto, sean fieles al estricto cumplimiento de la legalidad.

El derecho siempre va un paso por detrás de la sociedad y de la realidad delictual, además, con una ley decimonónica sometida a numerosas reformas que permitan que el derecho procesal se acomode a las nuevas realidades, sobre todo a la realidad informática.

El agente encubierto obtiene habilitación legal en 1999 donde mediante la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. No obstante, con la necesidad de encontrar la adecuación del Derecho a la realidad social, se hacía necesaria la introducción en nuestro ordenamiento de nuevas diligencias que permitieran la exploración e investigación de la realidad virtual. En este sentido, mediante la Ley Orgánica 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, regula la actuación del agente encubierto en las investigaciones realizadas a través de la red.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación I+D: "Tratamiento procesal de la víctima de violencia sexual: participación, objeto de prueba e interpretación social en las redes", RTI 2018-099170-B-I00 (MCIU/AIE/FEDER, UE).

Aunque parezca reiterado, todas las actuaciones deben respetar, estrictamente, lo dispuesto en la CE y en la Ley. Por ello, es necesaria la regulación de estas medidas, que se entienden más invasivas en la esfera de los derechos fundamentales de las personas investigadas. En caso contrario, podría pensarse que, abanderando a la justicia y a la seguridad ciudadana, el Estado actúa de cualquier forma para reprimir los delitos incluso la vulneración flagrante de los derechos fundamentales. Es evidente que el Estado no puede utilizar cualquier herramienta para la consecución de sus fines, sobre todo, si estas lo deslegitiman.

No cabe duda que las nuevas tecnologías han supuesto un gran avance para la sociedad. Nuestras formas de relacionarnos han cambiado y ahora se suceden mucho más rápida. En definitiva, las nuevas tecnologías nos han ayudado a agilizar las cargas diarias de nuestra vida cotidiana. La cuestión principal es que, a pesar de que nos podemos hacer una ligera idea, todavía no podemos asegurar el alcance de la información que se comparte mediante el uso de las nuevas tecnologías, pues parece que es, al menos, de momento, incontrolable.

Está claro que nos encontramos en un momento social abocado al uso de las nuevas tecnologías y comunicación. Sin embargo, estamos presenciando un uso desproporcionado por parte de los ciudadanos de Internet y todo lo que ello conlleva. Y el foco de atención, lo debemos de poner en la población más joven, menor de edad, que sufren verdaderas adicciones al uso de las nuevas tecnologías y que no entienden, o nadie les explica, los peligros que ello puede conllevar para su normal desarrollo de la personalidad. Cada vez, el acceso a las nuevas tecnologías se hace una edad más temprana. Así hay niños que dominan las redes de forma extraordinaria, pero, no podemos olvidar que, desde el punto de vista madurativo, el menor no está preparado para asumir el riesgo que supone su movimiento en Internet. Es por ello, que hay que concienciarles de que sus comportamientos en la red pueden influir en sus decisiones de futuro. En este sentido, el Plan Nacional Sobre Drogas, hace ver que: *“la baja percepción del riesgo por parte de las y los adolescentes frente al consumo de drogas, especialmente alcohol y cannabis, es un importante factor de riesgo”*².

² A pesar de que en este punto determinado habla tan solo de las adicciones con sustancias, también en la Estrategia Nacional, ha incluido las adicciones sin sustancias señalando que un 21% de estudiantes entre 14 y 18 años realizan un uso compulsivo de internet; un 4,6% más que en 2014. Además, en las áreas de actuación, en cuanto a la reducción y control de la oferta, señala

No obstante, esta mejoría por la sociedad también ha sido aprovechada por las redes criminales que la hacen suya y permiten la comisión de delitos bajo el anonimato de la red³.

Ante esta situación, y dada la clase de delincuencia ante la que nos enfrentamos, se puede afirmar que las tradicionales técnicas de investigación están obsoletas. No son suficientes para hacer frente a este tipo de criminalidad. Si bien es cierto, como se advirtió antes, que el Estado no puede hacer uso de cualquier mecanismo para prevenir, reprimir o frenar la delincuencia, por más violentas que estas sean, sí que se hace necesario la adopción de determinadas medidas que permitan una represión y erradicación real de estas conductas deleznable y con la menor afectación posible del sistema de garantías⁴.

Y en este marco, surge la figura del agente encubierto. La primera regulación legal del agente encubierto servicio de vigilancia aduanera.

Sea cual sea la operación de infiltración que se llevará a cabo, tanto en la red como, físicamente en organizaciones criminales, lo real es que tiene que ir precedida por una labor de información e inteligencia. Es decir, cada vez que un agente tenga que entablar relaciones de confianza con las presuntas autoridades de delitos, especialmente graves, por la violencia o sensibilidad que atacan,

los medios digitales como productos a combatir. En el mismo sentido PÉREZ MARTÍNEZ, A.; ORTIGOSA BLANCH, R., «Una aproximación al ciberbullying» en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

³ Establece ANGUITA OSUNA, J. E., «Análisis histórico-jurídico de la lucha contra la ciberdelincuencia en la Unión Europea» <http://www.seguridadinternacional.es/revista/?q=content/an%C3%A1lisis-hist%C3%B3rico-jur%C3%ADdico-de-la-lucha-contr-la-ciberdelincuencia-en-la-uni%C3%B3n-europea-que:-la-dificultad-reside-en-el-funcionamiento-de-los-sistemas-inform%C3%A1ticos-y-en-la-estructura-de-Internet,-ya-que-se-trata-de-una-estructura-mundial-con-canales-digitales-que-dificultan-el-control-fronterizo,-se-favorece-el-alto-nivel-de-opacidad-de-las-conexiones-y-el-anonimato-de-los-internautas,-y-de-momento-existe-una-generalizada-libertad-normativa-y-lagunas-legales>.

⁴ En este sentido, LAPUERTA IRIGOYEN, C., «El cibercrimen y el agente encubierto on line», en <https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/06/Lapuerta-Irigoyen.-Comunicaci%C3%B3n.pdf> pone de manifiesto que la utilización irregular de las nuevas tecnologías, que puede provocar la limitación del pleno ejercicio de los derechos y libertades de la sociedad, necesita de la articulación de soluciones coordinadas y que resulten eficaces en la acción policial y judicial y, sobre todo, que respeten los principios y valores que informan el Estado de Derecho.

estos deben estar preparados para saber donde realizará su labor de infiltración. Conocer la organización a la que entrarán, en el caso de los físicos, así como la realidad de las conductas delictivas que van a investigar a través de la red, es una de los *prius lógicos* que puede condicionar el éxito de la investigación. Para ello, tanto el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y las policías autonómicas con competente en policía judicial, tienen servicios de inteligencia que permiten hacer estas labores de estudio y análisis previsto, que aseguren el éxito de la operación, así como la salvaguarda del agente que se infiltra.

Pero además de esto, es necesario que el agente que va a entrar en contacto con los presuntos delincuentes sexuales esté preparado para lo que va a ver y toda la cruel información que tendrá en su poder. En este sentido, Policía Nacional y Guardia Civil están estudiando la posibilidad de crear un Plan antisuicidios que asista a los agentes que combaten la pornografía infantil⁵.

II. LA NECESIDAD EN EL ESTADO DE DERECHO

Establece el artículo 9 de la CE:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En el ámbito de la UE, se tiene el deber de garantizar la libertad y democracia dentro de sus fronteras⁶ como así lo establece el Tratado de la Unión.

⁵ <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/seguridad/plan-antisuicidios-policia-asistira-agentes-combaten-pornografia-infantil/20190927124514131601.html>

⁶ ANGUITA OSUNA, J. E., «Análisis histórico-jurídico de la lucha contra la ciberdelincuencia en la Unión Europea», op. cit.

Como se avanzó anteriormente, el Estado no puede realizar actos que deslegitimen sus actuaciones, por más que la sociedad reclame la venganza de las acciones delictivas, las autoridades públicas, deben estar por encima de estas reivindicaciones que irían contra los pilares básicos del Estado de Derecho.

No obstante, la zozobra que la comisión de determinados delitos provoca, hace necesario que los poderes públicos, busquen fórmulas eficaces que permitan la erradicación de estas conductas en la sociedad. Es por ello que, ante el panorama delictual que se presenta, fruto de la actuación de las organizaciones criminales, y la utilización de las modernas tecnologías, el Estado ha introducido la figura del agente encubierto.

El agente encubierto, por sí solo, puede suponer un plus de lesividad para el sistema de derechos fundamentales. De este modo, esta figura debe ser considerada excepcional, y su utilización debe estar sujeta al principio de especialidad y a su adecuación cualitativa y cuantitativa en relación a la peligrosidad de los hechos investigados, así como a las circunstancias que rodean al caso concreto.

En definitiva, parece legítimo que el Estado utilice a agentes infiltrados para la investigación de conductas sexuales a menores, siempre y cuando, se encuentre el equilibrio entre, por un lado, la finalidad perseguida en la investigación y por otro, el plus de lesividad para los derechos fundamentales que el uso del agente supone.

III. RASGOS CARACTERÍSTICOS

Para comprender la figura del agente encubierto virtual, es necesario que nos miremos al agente encubierto físico. Si bien es cierto que tienen importantes variaciones, lo cierto es que ambos suponen que un agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado entabla determinadas relaciones de confianza con los presuntos autores del delito. El estado permite esta actuación con el objetivo de poder conseguir información relevante que le permita prevenir y reprimir conductas, así como conocer el modus operandi con el que se actúa.

Los rasgos característicos del agente encubierto son: el uso de una identidad ficticia; el uso del engaño y el secreto; la necesidad de que la actuación la lleve a

cabo agentes de policía judicial; las actuaciones “especiales” que puede llevar a cabo; y la posible responsabilidad en la que incurre el agente encubierto.

1. Identidad supuesta

El agente encubierto cuando realiza labores de infiltración, prevé la ley, que se le otorgue identidad supuesta. Parece lógico pensar que en las infiltraciones físicas es necesario la utilización, no solo de una identidad ficticia, sino de una nueva personalidad acorde con la identidad y el rol con el que actuará el agente en el seno de la organización.

Sin embargo, cuando hablamos de operaciones encubiertas virtuales, parece que la identidad ficticia, como elemento definitorio de la infiltración policial no cobra un sentido especial⁷. Si algo tiene las nuevas tecnologías es la posibilidad de actuar bajo el anonimato y la personalidad de un *usuario* ficticio creado para a los efectos de la investigación. Pero la LECrim, prevé la necesidad de que el agente encubierto, cuando actúa en las investigaciones tecnológicas, cuente con una identidad supuesta. Ello, unido a la necesidad de contar con la oportuna autorización judicial para poder actuar, entendemos que se debe a la lesión que los derechos fundamentales de las personas investigadas puedan sufrir. En estos casos, queda salvada la alegación de prueba ilícita o actuación desmesurada del Estado, pues toda la actuación, desde su planificación, pasando por su desarrollo, hasta su finalización, cuentan con el oportuno control judicial.

En cualquier caso, el tenor literal de la ley, parece que cataloga la identidad supuesta como un elemento definitorio propio de las infiltraciones policiales, tanto las desarrolladas en el entorno físico como el virtual.

En este punto cabe preguntarse qué es lo que abarca el uso de la identidad supuesta. En este sentido, es necesario partir de la finalidad de la infiltración policial, es decir, el uso de la identidad supuesta servirá para poder generar

⁷ En igual sentido RIZO GÓMEZ, B., «La Infiltración Policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley orgánica 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» en ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.); FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (Coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

relaciones de confianza con las personas investigadas que le permitan llegar a obtener información y datos que, de conocerse su verdadera condición de agente, hubiera sido imposible acceder.

Para finalizar, hay que puntualizar, que no solo debe existir una identidad supuesta con la que actuar, sino que, como se advirtió anteriormente, el agente debe contar con una personalidad ficticia que más se adecúe a la investigación en curso, de forma que no se levanten sospechas por la persona con la que se entablan las relaciones de confianza.

2. Secreto/engaño

Con la infiltración policial, el Estado asume la utilización del engaño para la investigación de determinadas conductas delictivas. Pero, debemos diferenciar el secreto del engaño. Si bien es cierto que las investigaciones encubiertas tienen como característica la utilización del engaño, por su parte, el secreto no es exclusivo de las infiltraciones.

Mediante el engaño, el infiltrado accede a la vida de la persona o personas investigadas y a información relevante para el curso de la investigación. Acceso, que, de no ser por la utilización del engaño, no se hubiera producido.

En su caso, con el secreto nos referimos al carácter reservado de las actuaciones de infiltración. Es decir, por un lado, las infiltraciones policiales en cualquiera de sus modalidades se desarrollarán en el seno de un proceso penal, en la fase de investigación, en la que, por lógica, se decretará el secreto de sumario. Por otro lado, la identidad real, junto con el otorgamiento de la ficticia, dice el artículo 282 bis LECrim, quedará en pieza reservada y solo la conocerán el órgano judicial, el Ministerio Fiscal, el Ministerio del Interior y los cargos policiales que planifican el operativo. Las partes investigadas, en ningún caso accederán al contenido de esta pieza reservada. Con ello, se garantiza la plena seguridad del agente que actúa infiltrado.

Sobradamente conocido es que el Estado no puede hacer uso de cualquier medio de investigación con la única finalidad de obtener datos suficientes y capaces, tras la celebración de la prueba en el oportuno juicio oral, para desvirtuar la presunción de inocencia. Y que el secreto es propio de las investigaciones desarrolladas en épocas inquisitivas, pero lo cierto es que, como se puso de

relieve anteriormente, la necesidad de hacer frente a una peligrosa y grave forma de criminalidad, así como la actividad delictiva a través de la red, hacen que se hagan necesarios estos mecanismos en el Estado de Derecho. Necesidad que será legítima en el Estado de Derecho siempre que se respeten los parámetros establecidos en las normas procesales para ello. De este modo, se garantiza la zona de equilibrio para el caso concreto. En este sentido, hay que determinar la necesidad aplicada a las circunstancias del caso concreto y ello porque el secreto es un elemento de investigación que tiende a disuadirse su utilización es por lo que su aplicación es concreta para unas determinadas conductas delictivas.

3. Desarrollo por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Tanto en las operaciones encubiertas físicas como las desarrolladas a través de la red, se piensa necesario que aquellos que actúen como infiltrados, sean agentes de las FFCCEE. Es más, deberíamos de ir un paso más allá y no solo exigir la presencia de la autoridad pública al hilo de estas actuaciones, sino que, además, estos estén perfectamente especializados y cuenten con las habilidades necesarias para hacer frente a este tipo de criminalidad. Sobre todo, cuando los delitos objeto de la investigación, son de carácter sexual y cuyas víctimas son menores de edad, es necesario que los agentes que realizan las investigaciones encubiertas estén preparados tanto profesional como psicológicamente.

Al igual que propugnamos que las organizaciones criminales se aprovechan de su especialización y profesionalización, el Estado, al utilizar a agentes preparados garantizaría en todo caso el éxito de la investigación y la captura del mayor y verdaderos responsables de los crímenes.

Los organigramas de la Policía Nacional y la Guardia Civil, así como las policías autonómicas, cuentan con una unidad especializada en las tecnologías. Así, la Brigada Central de Investigación Tecnológica en la Policía Nacional (BIT)⁸ y la Unidad Central Operativa junto con el Grupo de Delitos Telemáticos (y los equipos de investigación tecnológica)⁹ en el seno de la Guardia Civil, son los miembros de la policía judicial especializados en la materia objeto de estudio, es decir, en los delitos sexuales a menores.

⁸ Vid. https://www.policia.es/org_central/judicial/udf/bit_actuaciones.html

⁹ Vid. <http://www.guardiacivil.es/es/institucional/Conocenos/especialidades/gdt/index.html>

En las investigaciones a través de la Red, puede pensarse que las mencionadas unidades se dividirán o especializarán por delitos. Es decir, se harán divisiones en subunidades para la mayor especialización en delitos, por ejemplo, de pornografía infantil. No obstante, aunque esto pudiera parecer lo ideal, lo cierto es que, en mi opinión, las investigaciones de menores y, sobre todo, respecto a determinadas conductas delictivas, están cargadas de demasiada sensibilidad lo que llevaría a un resultado nefasto para la salud mental del agente que no desconectara de tales investigaciones.

En cuanto a la voluntariedad el agente para la infiltración, nada dice la regulación concreta del agente encubierto virtual. Es por ello, que debemos entender en aquellos aspectos que la regulación expresa del agente encubierto virtual, no se detalle concretamente, le será de aplicación la regulación del agente encubierto físico. De este modo, debe promulgarse el carácter de voluntariedad para el agente encubierto virtual en tanto que su actuación, puede conllevar el contacto visual con los investigados y ello, puede provocar en el agente cierto riesgo¹⁰.

Otro de los temas problemáticos es la posibilidad de que sea un particular el que realice las labores de infiltración a través de la red las realice un particular. En nuestro ordenamiento jurídico, tan solo se permite la infiltración por parte de los poderes públicos personificados en los agentes de policía judicial debidamente especializados. Y esto por dos motivos: por un lado, por la eficacia de los derechos fundamentales afectados; y por el otro, por la sensibilidad y complejidad del entorno virtual. En cuanto al primer punto, hay que tener en cuenta que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no tiene la misma consideración que la eficacia vertical. En este sentido, el Tribunal Supremo ha admitido que no será posible la aplicación de las reglas de exclusión probatoria cuando la limitación de derechos fundamentales sea imputable a un particular¹¹.

¹⁰ CAROU CARCÍA, S., «El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en Internet», en *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 56, 2018.

¹¹ MOSQUERA BLANCO, A. J., «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero» en *Indret* 3/2018 (<http://www.indret.com>). En el mismo sentido, establece la STS de 10 de diciembre de 2015 (RJ 6401), establece que no existe ilicitud probatoria cuando la madre, ante la sospecha de que su hija está sufriendo acoso sexual a través de la red, accede a su red social cuando la cuenta está abierta pero sin consentimiento de la hija. Sin embargo, es necesario hacer una importante precisión en cuanto a la consideración de la ilicitud probatoria cuando es el particular el que recaba la “prueba”. Y es que el TS ha determinado

En cuanto al segundo de los temas, la sensibilidad y complejidad del entorno virtual, debemos pensar en el manejo de las nuevas tecnologías que pueden tener las personas que de manera reiterada cometen delitos a través de la red. Así, la facilidad de cometer los ilícitos como la ocultación de los mismos unido con la dificultad para perseguir estos delitos¹², desaconsejan la intervención apresurada de particulares para la obtención de pruebas sobre las actuaciones graves cometidas, a hijos fundamentalmente. La actuación, a veces, desesperada puede provocar la pérdida de información, borrado de servidores, si el presunto autor del delito, se percatara de las intenciones de su interlocutor. Todo ello, conllevaría un plus de perjuicio para la persecución eficaz de estos delitos.

En conclusión, en mi opinión, se hace estrictamente necesario que la información sea obtenida por un agente de las FFCCSS, que de manera voluntaria, actuará como infiltrado. La preparación y especialización del agente, conllevará el éxito del operativo y la salvaguarda de los derechos de las víctimas, especialmente vulnerables en este tipo de delitos.

4. El agente: ¿cómo actúa?

La actuación del agente encubierto, en el caso que nos ocupa, tiene como finalidad descubrir el *iter criminis* de las conductas de carácter sexual que se están desarrollando y obtener la identidad real de la persona que está cometiendo y sometiendo a los menores.

Efectivamente, para que el agente pueda conseguir toda esta información es necesario que obtenga la confianza del investigado. Nadie comenzará a dar este tipo de información sin tener una previa relación con su interlocutor.

que: "lo que es causa de ilicitud probatoria cuando ésta proviene de particulares es que estos actúen como una pieza camuflada del Estado, que lo hagan al servicio de la investigación penal suplantando la actividad pública propia del sistema democrático". En ASENSIO MELLADO, J. M., «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», en *Diario La Ley*, núm. 9499, de 16 de octubre de 2019.

¹² DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Ilícitos vinculados al ámbito informático: respuesta penal» en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dir.); DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), *Derecho Penal Informático*, Civitas, Madrid, 2010, pág. 19.

La obtención de la confianza la deberá obtener durante su actuación como infiltrado. Es necesario que al operativo encubierto le haya precedido una labor de información para que el infiltrado pueda ayudar adecuadamente sin levantar sospechas y sin que los derechos fundamentales se vean vulnerados.

Entiendo que una vez que el agente encubierto comience a tener contacto con el investigado, es estrictamente necesario que su actuación esté legitimada y amparada por una autorización judicial previa en la que se hayan observado el respeto del principio de proporcionalidad al caso concreto. Y en este punto es necesario hacer una matización importante sobre los contactos previos y se refiere al lugar "virtual" donde estos se desarrollen. Es decir, si estos encuentros se hacen en zona abierta o en zona cerrada.

Las relaciones virtuales no siempre se dan en una zona cerrada a las personas a las les damos consentimiento para acceder a nuestra información, sino que como refleja el Centro Criptológico Nacional: *"otro de los usos muy habituales de los dispositivos móviles por parte de los usuarios es la interacción con redes sociales, como por ejemplo Facebook, Twitter, Instagram, etc. A la hora de publicar cualquier tipo de información personal o imágenes en las redes sociales, se recomienda evaluar la sensibilidad y privacidad de los datos a publicar y tener en cuenta que esos contenidos pasarán a estar disponibles potencialmente para numerosas personas, no únicamente para el círculo cerrado de amistades del usuario. Esa información es frecuentemente utilizada tanto para coaccionar o chantajear al usuario con su difusión, como para obtener datos decisivos o establecer relaciones y comunicaciones que determinen el éxito o fracaso de una campaña de phishing dirigido (spear phishing) contra el usuario o la organización en la que trabaja"*¹³.

Siendo así, cuando el agente mantiene contactos previos con el investigado en foros abiertos, no será necesaria la autorización judicial, pero una vez que decidan acudir a una zona cerrada de internet en la que se requiere consentimiento expreso para el acceso, sí que el Estado deberá autorizar la utilización del engaño por los agentes de la autoridad. Sin embargo, aunque esto debiera ser, a efectos probatorios así, parece que no es muy lógico que cuando los mandos policiales tienen previsto un operativo encubierto esperen hasta el momento en el que necesitan legitimar el engaño para solicitar el respaldo judicial. Tan solo

¹³ <https://www.ccn-cert.cni.es/>

cabe pensar que, ante las fundadas sospechas, los mandos policiales decidan el Mantenimiento de los contactos previos, que se equipararían a las labores de seguimiento y solo ante la existencia de indicios racionales de criminalidad se solicitará la autorización judicial.

IV. EL AGENTE ENCUBIERTO VS. SISTEMA DE GARANTÍAS: LA ZONA DE EQUILIBRIO

La actuación del agente encubierto, conlleva un plus de lesividad para el sistema de derechos fundamentales de las personas investigadas. Como dije, el Estado no puede recurrir a cualquier fórmula de investigación para conseguir la represión y prevención del delito. Estamos en un Estado de Derecho en el que impera el respeto por los derechos fundamentales y la garantía de su pleno ejercicio tan solo se puede ver limitada, bajo el estricto cumplimiento de lo dispuesto en la legislación vigente.

No obstante, la peligrosidad y vulnerabilidad e las víctimas de los delitos de carácter sexual, sobre todo si son menores, aconsejan que el Estado adopten medidas que garanticen el interés superior del menor.

Así, teniendo en cuenta estos dos extremos, se hace necesario la búsqueda y localización del punto de equilibrio¹⁴ que permita a los poderes públicas la eficiente persecución de los delitos.

De este modo, en un lado de la balanza se sitúan la seguridad ciudadana, la justicia y los derechos de las víctimas (no necesariamente por ese orden); y por el otro, el sistema de derechos fundamentales que asisten a todos los seres humanos. Es evidente que no es tarea fácil y para ello habrá que estar a las circunstancias concretas del caso que deberán examinarse de manera escrupulosa para el estricto cumplimiento de la legalidad vigente.

¹⁴ GUZMÁN FLUJA, V. C., «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», en Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Universidad de Castilla-La Mancha. <http://www.cienciaspenales.net>

Una vez superado este escollo y encontrado el punto de equilibrio para la actuación del agente encubierto en la investigación de determinado delito, este debe reflejarse en toda la actuación del agente pues en caso contrario, se corre el riesgo de inutilizar todo lo actuado y que, por una parte, la persona investigada, existiendo indicios racionales de criminalidad contra ella, pueda quedar impune, y, por la otra, la víctima sea castigada doblemente.

Para finalizar, en el caso del agente encubierto virtual, el derecho fundamental afectado se circunscribe al "nuevo" derecho fundamental al entrono virtual. Este no es sino la convergencia de diferentes derechos fundamentales que pueden verse afectados cuando las relaciones se llevan a cabo a través de Internet. Así, hay que tener especial atención con el derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la intimidad, derecho al honor y a la propia imagen y derecho a la autodeterminación informativa, todo ello regulados en el artículo 18 CE. Sin embargo, la actuación propia del agente encubierto, la circunscrita a una investigación concreta, puede ir más allá. Es decir, el agente encubierto, durante la relación con las personas investigadas, además de los derechos que se incluyen en el entorno virtual, puede afectar el derecho de defensa pues las conversaciones autoinculpatorias, en algunos casos, que puede mantener con los investigados, las tiene y obtiene la información fruto del engaño que supone su actuación infiltrada¹⁵.

V. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

1. Autorización judicial

A diferencia de lo que ocurre en las operaciones de infiltración policial físicas, será, únicamente, el juez de instrucción competente el encargado de autorizar la actuación del agente encubierto virtual.

La ubicación sistemática de esta medida de investigación, en el título dedicado a la Policía Judicial, nos indica el sentido de esta diligencia. Es decir, el artículo 282. bis LECrim, nos señala el marco general por el que deben discurrir estas operaciones, pero el diseño del operativo en cuestión, es fruto de la

¹⁵ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

propia policía. El porqué es fácil de determinar: las actividades de inteligencia e información que realizan las Unidades especializadas de las FCCSS del Estado, proporcionan la información necesaria para conocer el entramado o funcionamiento de la "red" en la que se adentran para la investigación. Al órgano judicial, puede que todos estos elementos operativos se le escapen. De este modo, para garantizar la seguridad del agente, así como la eficacia de la infiltración policial, sea física o virtual, se requiere de esa preparación previa por parte de los mandos policiales. En su caso, ellos de forma directa o mediando el Fiscal, serán los que tengan que solicitar al órgano judicial la autorización judicial para proceder.

El juez de instrucción competente, observada la solicitud y tras el análisis de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida atendiendo a las circunstancias concretas, decidirá mediante auto motivado la concesión, si procede, de la autorización para la infiltración.

El apartado 6 del artículo 282 bis LECrim, dispone que: *"el juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados"*. No obstante, *podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos*, siempre que cuente con autorización específica para ello. Siendo así, razones de economía procesal pueden permitir que, en aquellas operaciones, en las que los resultados de las labores de inteligencia e información, arrojen que son necesarias para el éxito de la infiltración, la adopción de estas medidas específicas, y siempre y cuando, el órgano judicial estime que son proporcionales con los derechos de los investigados, sea la primera autorización judicial la que contemple cuantas actuaciones pueda realizar el agente encubierto en la red. No obstante, si durante el transcurso del operativo, es decir, si de los contactos mantenidos con los presuntos pedófilos, es cuando surge la necesidad de intercambiar archivos ilícitos o analizar los algoritmos de los mismos, deberá solicitarse autorización judicial para proceder a ello. Por su parte, el órgano judicial, recibida la solicitud para la realización de estas actuaciones específicas, deberá examinar la estricta observancia del principio de proporcionalidad para emitir la autorización requerida.

También, en el apartado 7 del artículo 282 bis, se dispone que: *el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones*

que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio. Al igual que en las actuaciones específicas que se describen en el apartado anterior, la autorización de estas actuaciones, a solicitud de los mandos policiales que conocen el devenir de la infiltración, deberá de precederle el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad por parte el juez de instrucción competente.

Para finalizar, este punto, hay que mencionar el contenido del auto por el que se habilita la actuación del agente encubierto en la Red. Una vez examinados los requisitos de idoneidad, necesidad y adecuación de la medida (que se reflejarán en la obligada motivación del mismo), es necesario que el auto contenga los extremos dispuesto en el artículos 588 bis c LECrim y que están relacionados con: el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida; la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido; la extensión de la medida de injerencia y la motivación; la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la duración de la medida; la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida; la finalidad perseguida con la medida.

2. Control de la medida

Las previsiones normativas incorporadas en 2015 en la LECrim, nada dicen acerca de quién deba ser el encargado de controlar los resultados de la infiltración policial. Y lo que es más importantes, de controlar que los resultados que se van obteniendo son: por un lado, respetuosos con los derechos de los investigados; y por otro, que son útiles para la investigación.

De esta forma, debemos recurrir a las previsiones que el artículo 282 bis, hace para la infiltración policial física. En estos casos, se establece que: *la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación*. Es cierto, que las infiltraciones físicas conllevan un riesgo en la integridad del agente que no se describe en las operaciones virtuales. No obstante, es lógico pensar que los agente que realicen las infiltraciones no sean los que directamente se relacionen con el juez de instrucción. Así, estos darán la información a sus mandos policiales los cuales remitirán el informe al juez de instrucción para que realice el examen

de proporcionalidad atendiendo a las circunstancias del caso concreto y estime la prolongación de la infiltración o su inmediato cese. Nótese que las conductas pedófilas que se investigan en la red y que son objeto de esta investigación, requiere que ese control no solo se extienda a los derechos de los investigados, sino a la protección del interés superior del menor.

Por otro lado, este control judicial se debe al carácter probatorio que pueden adquirir la información obtenida por el agente infiltrado. De este modo, el juez de instrucción, no solo deberá acceder a la información obtenida, sino que su control debe expandirse a cómo se está obteniendo dicha información, de forma que esta no pueda ser tachada como improcedente o nula en el eventual juicio oral que se desarrolle.

3. Duración, prórroga y cese

En cuanto a la duración, la actuación del agente encubierto conlleva un proceso y desarrollo largo¹⁶. El agente deberá ganarse la confianza del investigado para poder conseguir información relevante para la causa. No obstante, el engaño no puede extenderse en el tiempo de forma indefinida pues supondría la vulneración de los derechos fundamentales afectados a pesar de contar con autorización judicial. El legislador consciente de la dificultad de señalar un plazo de duración del operativo, no dice nada acerca de la duración de la actuación del agente encubierto informático. Por ello, creo necesario aplicar lo dispuesto para el agente encubierto físico, duración de seis meses con prórrogas de igual duración (para el uso de la identidad supuesta, no para la investigación propiamente dicha) y en cualquier caso, y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos tal y como establece el artículo 588.bis e LECrim.

Las prórrogas, deberán ser solicitadas al órgano que autoriza la medida judicial y siempre acompañando la solicitud de un informe sobre el estado de la investigación y los resultados obtenidos en la misma.

¹⁶ En este sentido, CAROU GARCÍA, establece que *la infiltración con éxito no es una actividad susceptible de llevarse a cabo en un mínimo espacio de tiempo*. En «El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en Internet», op. cit.

Con respecto al cese, establece el artículo 588. bis j LECrim: *El juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.*

VI. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: ESPECIAL INTERÉS DE LOS DELITOS DE RELEVANCIA SEXUAL

El agente encubierto, nace con la vocación de empoderar al Estado frente a las más graves formas de criminalidad: el crimen organizado. Para ello, cubre de legalidad la figura del agente encubierto físico. No obstante, como hemos anunciado, todo está en constante cambio y las nuevas tecnologías son utilizadas por los delincuentes para cometer determinadas formas de criminalidad, especialmente sensible y grave, con independencia de que su comisión se haga en el marco de un entramado organizativo o no.

La importancia de determinar el ámbito de actuación del agente encubierto virtual, se debe principalmente, al cierre normativo que se produce para la utilización del agente encubierto físico (delitos enumerados en el apartado 4 del artículo 282 bis y la comisión del delito por organización criminal). La determinación de si esta situación afecta al AEV, es cuestión importante puesto que, en caso de ser así, podemos caer en la improcedencia de todo lo actuado en investigaciones de delitos cometidos por personas aisladas (como, por ejemplo, la pornografía infantil) Sin embargo, aunque *a priori*, el agente encubierto virtual, debe ser considerado como un instrumento extraordinario, lo cierto es que en conjugación con lo dispuesto en los artículos 282 bis, 588 ter y 579. 1 (al que se remite este último) parece que se abre la puerta a su utilización a los delitos cometidos a través de las "nuevas tecnologías". Por tanto, cabe recapitular que: por un lado, el uso del AE virtual puede hacerse para la investigación de delitos cometidos a través de la red, aunque no hayan sido cometidos por una organización criminal pero siempre respetando los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad analizando las particularidades de cada caso concreto evitando así, investigaciones desproporcionadas¹⁷.

¹⁷ En este sentido, ZARAGOZA TAEJADA, J. I., «El agente encubierto «on line»: la última frontera en la investigación penal» en *Revista Aranzadi*, 1/2017.

Por tanto, el agente encubierto virtual, investigará no solo los delitos cometidos por organizaciones criminales, sino que su ámbito de aplicación se amplía a los delitos cometidos en la red.

1. Especial consideración a los delitos de carácter sexual

Son muchas las conductas delictivas que pueden cometerse a través de Internet entre otras: fraudes, suplantación de identidad, estafas, explotación de menores y pornografía infantil. Estas últimas, cobran especial relevancia cuando se trata de estudiar el agente encubierto virtual. En mi opinión, esta técnica de investigación encaja a la perfección para hacer frente a este tipo de criminalidad, tanto por el anonimato del agresor como por el sentimiento de vulnerabilidad y ocultación que presenta la víctima menor de estos delitos. Así conductas como el *grooming*¹⁸, *sexting*, la *sextorsión* son las más típicas que se comenten a través de las nuevas tecnologías¹⁹.

Cuando salen a relucir estas conductas delictivas, siempre viene aparejadas a la presencia de menores de edad. Ello se debe al riesgo que asume el menor de edad por no tener presente la situación de vulnerabilidad en la que se puede encontrar, así como los riesgos en las tics. Son peligros en abstracto que los menores de edad no asumen y caen rendidos a ellos.

¹⁸ El proceso en el que el agresor se gana la confianza de la víctima, normalmente menor de edad. Se configura como la antesala de otros delitos de carácter sexual como la pornografía infantil o el abuso sexual pero no solo de ellos. VILLAVAMPA ESTIARTE, C., «Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación» *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014. Establece la autora que estas actuaciones no son típicas del entorno virtual pero que se ha hecho especial hincapié las conductas que han accedido a la red.

¹⁹ En este sentido, si el agente encubierto se hubiera limitado a las investigaciones de organizaciones criminales, estas conductas cometidas por personas aisladas, no hubieran podido ser objeto de aplicación de la medida. Sobre todo, si tenemos en cuenta la Jurisprudencia del TS que indica que no se puede atribuir el carácter de miembro de una organización criminal al individuo que sin una mínima estructura y coordinación, al que tan solo *excitado por sus inclinaciones sexuales, actuado en la intimidad de su domicilio, se incorpora a la red y facilita o participa en lo que, en términos internautas se denomina «Chat»* (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2006 RJ 6401).

Tras la reforma del 2015 del Código Penal podemos encontrar tipificaciones como conductas de carácter sexual a menores de edad: el child-grooming (art. 183), pornografía infantil (art. 189) cometidos a través de las nuevas tecnologías.

Como sujeto activo de estos delitos, podrán ser: por un lado, otros menores de edad, cuya responsabilidad penal se ventilará por los trámites previstos en la Ley de Responsabilidad Penal del menor; y por el otro, personas que han alcanzado la mayoría de edad y que deberán responder conforme a lo previsto en el CP y por los trámites de la LECRim.

El sujeto pasivo de estas conductas delictivas, es algo interesante de estudiar. Conforme a la nueva regulación del CP, podrán ser sujetos pasivos de estos delitos los menores hasta 16 años. Es decir, con la reforma introducida en 2015, se eleva la edad del consentimiento sexual que estaba prevista en los 13 años. Esto significa que todas las conductas sexuales que se realicen con un menor de 16 años, serán constitutivas de delito siempre y cuando el "agresor" aun siendo mayor de dieciocho años, se asemeje en edad y madurez a la víctima²⁰. Esta elevación de edad para prestar consentimiento parece razonable en tanto que, como establece algún autor, es esta edad en la que empiezan a adentrarse en las nuevas tecnologías, de forma autónoma, y además comienzan a explorar su sexualidad²¹. Además, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran se ve incrementada, en ocasiones, por la falta de autoestima, la mala relación con los familiares, ect. Esto hace que se intenten evadir de la vida cotidiana y se refugien

²⁰ Así lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/2015 que en esta materia intenta adecuarse a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de la Infancia: *la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años– pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.*

²¹ En este sentido, PANIZO GALENDE, se refería a la edad de 13 años como la edad de consentimiento: *“los menores más vulnerables serían de una edad próxima y superior a los 13 años”*. Establece el autor que a esta edad es cuando empiezan a hacer uso de las nuevas tecnologías y comienzan a explorar su sexualidad. En «El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming», en *Quadernos de criminología revista de criminología y ciencias forenses*, núm. 15, 2011, pág. 28.

en la primera persona que le demuestre que les importa algo. En muchas ocasiones, estas muestras de apoyo y confianza que el menor cree desinteresadas no lo son. Tan solo se intentan ganar la confianza y conocer cuál es la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra para poder, en el momento que crea conveniente, realizar la conducta delictiva solicitando al menor, prácticas sexuales o sometiéndolo a situaciones de abuso. Todo ello, gira en espiral: el menor entra en esta situación por una relación complicada que cree se puede agigantar si cuenta lo que le está pasando. De esta forma, el autor del hecho delictivo, conocedor de esta circunstancia, es capaz de someterlo a una gran presión de la que saldrá impune por el silencio de su víctima.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, para la utilización de esta técnica de investigación, no es necesario que el agresor sea una persona individualmente considerada o un entramado organizativo. En ambos casos, podrá actuar para la prevención y represión de estas conductas.

La actuación del agente encubierto virtual, supone que un agente de las FFCCSS se haga pasar por otra persona, con un rol determinado, para poder obtener información suficiente que sea capaz de reprimir el delito.

VII. ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO EN LA RED

El auto mediante el cual se habilita al agente encubierto a actuar en la red en la investigación de un determinado sospechoso, debe contener todas las actuaciones que el agente puede realizar. De este modo, se evita que la actuación del agente pueda ser considerada irregular y por ende, no pueda ser utilizada como prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, ni la declaración testifical del agente ni siquiera, la información que de forma indirecta haya podido intervenir.

Teniendo en cuenta este límite, el órgano judicial competente podrá autorizar a: realizar labores propias de infiltración para conseguir información sobre la actividad delictiva; recibir o intercambiar ficheros ilícitos (con tal consideración por la naturaleza de los mismos); analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos; y, obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones mantenidas entre el agente y el investigado aunque estas se realicen dentro de un domicilio.

Como se puede comprobar, la actuación del agente encubierto informático, supera con creces, el denominado ciberpatrullaje. Este puede darse en un primer momento de la investigación, como primeros acercamientos con el sospechoso, cuando se quiere acceder al espacio cerrado que se desea intervenir. Son labores de vigilancia que forman parte de las tareas cotidianas de la policía. Tan solo cambiaría el espacio en el que se desarrolla. En estas actuaciones, no se limita ningún derecho fundamental, puesto que lo que se investiga son informaciones que permanecen en abierto en la red y que no necesitan de un consentimiento expreso para su acceso²². Al colgarlas en la red, el "propietario" de la información asume el riesgo de que cualquier persona lo puede ver, incluso las FFCCSS.

Teniendo en cuenta esta apreciación, y partiendo de la base de las afirmaciones anteriores sobre el ámbito objetivo de la aplicación de esta medida, las siguientes líneas se van a circunscribir a la actuación específica del agente encubierto en la red y, sobre todo, a la concreta participación del agente en la investigación de los delitos relacionados con la sexualidad de los menores.

En este momento, se cree necesario exponer los posibles escenarios en los que el agente desarrollará su papel. Un primer escenario es que el agente actúe como un usuario de pornografía infantil. Y otra posible escena es que el agente se haga pasar por un menor de edad y el investigado contacte con él, constituyéndose en la relación como "víctima".

En cualquiera de los dos escenarios, el poder público en general y el agente en particular, debe respetar el estricto cumplimiento de lo previsto en la LECrim.

En lo que respecta a recibir e intercambiar ficheros ilícitos, es evidente que el agente se constituye como parte en el proceso de intercambio, es decir, se configura como una persona que consume este tipo de material.

²² En este sentido, *Vid.* RIZO GÓMEZ, B., «La Infiltración Policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley orgánica 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», *op. cit.*

La técnica del agente encubierto tiene que estar reforzada de una serie de garantías por el devenir mismo de la actuación. El Estado, personificado en la persona del agente, entra en la vida de las personas investigadas para poder obtener información sobre la actuación ilícita que, presuntamente, está cometiendo.

El funcionamiento de las redes de pedófilos, supone el intercambio de ficheros de índole sexual, en la que aparecen menores desnudos o manteniendo relaciones con otro menor e, incluso, con mayores de edad. Las redes mediante las que se realizan estas conductas con P2P, *peer to peer*. El agente lo que pretende es obtener acceso a este tipo de plataformas para poder acceder a los ficheros de carácter sexual que seguramente, tengan permiso de acceso.

Además, el agente podrá grabar las conversaciones o encuentros que mantenga con las personas investigadas. Estas actuaciones deben regirse por las previsiones que para el efecto hace la LECrim.

Para finalizar, me gustaría hacer una especial consideración a una actuación que el agente encubierto podría realizar: el registro remoto de equipos informáticos. Es decir, el registro de los equipos en tiempo real, sin que el investigado lo sepa. No solo se accede a lo que ya se tiene en el dispositivo sino a todo lo que entra en el mismo y en tiempo real. Para ello es necesario introducir un *troyano* en el equipo a investigar. Es evidente que esta parte es lo más difícil por la sospecha de los investigados de aceptar algún fichero de procedencia desconocida. Y en este momento es cuando puede aparecer el agente encubierto en escena. Fruto de la relación de confianza, el agente encubierto intercambia ficheros que son aceptados por los investigados. Alguno de estos ficheros puede ser un troyano que permita a las unidades informáticas de la Policía Judicial acceder en tiempo real al tráfico de datos del dispositivo incluso, como refiere BUENO DE MATA²³, manejarlo remotamente en ausencia del titular del mismo y pudiendo acceder a cualquier información del terminal. Es evidente que esta medida no puede ser un continuo en la investigación del agente y que el infiltrado solo será el vehículo que conecta a las unidades de policía judicial y al equipo que remotamente se investigará (pues será llevada a cabo por otros agentes para evitar levantar sospechas). Esta medida tiene una regulación expresa y su utilización,

²³ BUENO DE MATA, F., *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2019.

especialmente excepcional, tiene un tiempo reducido de aplicación. Dicho lo cual, el agente podrá continuar con sus labores de infiltración si la investigación así lo aconseja.

VIII. CONCLUSIONES

El agente encubierto virtual comienza su andadura legal en el 2015 tras su incorporación al ordenamiento jurídico. Debe ser considerado como una medida excepcional y debe aplicarse de manera subsidiaria, es decir, cuando ninguna otra medida menor agresiva para los derechos fundamentales puede dar los resultados que ella.

Tanto la adopción de la medida como la actuación individualizada del agente debe situarse en la zona de equilibrio entre los valores de justicia, seguridad y derechos de las víctimas y los derechos fundamentales que amparan a todos los seres humanos, incluidos los investigados. De esta forma, todo lo actuado podrá ser utilizado en el eventual plenario como prueba de cargo, en su caso contra los ya acusados.

El devenir de la actuación del agente debe respetar lo previsto en las normas procesales y siempre bajo el paraguas de la especialidad, idoneidad, necesidad y subsidiariedad.

La pornografía infantil es un delito que afecta a personas especialmente vulnerables y que es necesario que tengan un plus de protección. Así, el agente encubierto se constituye como una herramienta eficaz para la investigación de estos delitos por el iter criminis con el que se desarrollan.

Bibliografía

- ANGUITA OSUNA, J. E., «Análisis histórico-jurídico de la lucha contra la ciberdelincuencia en la Unión Europea» <http://www.seguridadinternacional.es/revista/?q=content/an%C3%A1lisis-hist%C3%B3rico-jur%C3%ADdico-de-la-lucha-contra-la-ciberdelincuencia-en-la-uni%C3%B3n-europea>
- ASENCIO MELLADO, J. M., «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», en *Diario La Ley*, núm. 9499, de 16 de octubre de 2019.
- BUENO DE MATA, F., *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*. Thomson- Aranzadi, Navarra, 2019.
- CAROU CARCÍA, S., «El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en Internet», en *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 56, 2018.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Ilícitos vinculados al ámbito informático: respuesta penal» en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dir.); DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), *Derecho Penal Informático*, Civitas, Madrid, 2010.
- GUZMÁN FLUJA, V. C., «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», en Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Universidad de Castilla-La Mancha. <http://www.cienciaspenales.net>
- LAPUERTA IRIGOYEN, C., «El cibercrimen y el agente encubierto on line», en <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/06/Lapuerta-Irigoyen.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>
- MOSQUERA BLANCO, A. J., «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero» en *Indret* 3/2018 (<http://www.indret.com>).
- PÉREZ MARTÍNEZ, A.; ORTIGOSA BLANCH, R., «Una aproximación al cyberbullying» en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RIZO GÓMEZ, B., «La Infiltración Policial en Internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley orgánica 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» en ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.); FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (Coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VILLAVAMPA ESTIARTE, C., «Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación» *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ZARAGOZA TAEJADA, J. I., «El agente encubierto «on line»: la última frontera en la investigación penal» en *Revista Aranzadi*, 1/2017.